جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق

تصـرفات المـريض في مـرض المـوت

مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير

تخصص عقود و مسؤولية

إعداد الطالبة:

جليلي إبتسام

إشراف الأستاذة

لحلو خيار غنيمة

الأستاذة الدكتورة :موالك بختة...رئيسا.

الأستاذة : لحلو خيار غنيمة .... مشرفا و مقررا.

الدكتور:نعيمي عبد المنعم... عضوا

الأستاذ :يايسي بوعلام...عضوا.

السنة الجامعية 2017-2018

إهداء :

إلى منبع الحب و الحنان.............................أمي الغالية.

الى مصدر القوة و التشجيع ....أبي الغالي.

إلى أخوتي محمد الأمين و سيد علي و أميرة.

إلى أبنائي تسنيم و إكرام و أعمر .

إلى زوجي الكريم الذي وقف إلى جانبي و ساعدني في إنجاز هذا العمل.

إلى كل من مد لي يد العون لإنجاز هذا العمل.

كلمة شكر :

قال الرسول صلى الله عليه و سلم :"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

بعد شكر العلي القدير على ما منه علي من فضل و قوة أتقدم بأسمى و أخلص عبارات الشكر و التقدير الى أستاذتي المشرفة لحلو غنيمة لتفضلها بالإشراف على المذكرة ,و ما بذلته من جهد و صبر لتوجيهي وفقها الله و جزاها خير جزاء

كما أتقدم بالشكر الى لجنة المناقشة لقبولها مناقشة مذكرتي .

و في النهاية أشكر كل من مد لي يد المساعدة لإنجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد.

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَانِ ٱلرَّحِيمِ

(كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ و
ٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ(180) فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا
إِثْمُهُ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ(181) فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ
إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ(182)) صَدَقَ ٱللَّهُ ٱلعَظِيمْ

سورة البقرة الأيات 180-181-182

عن عامر بن سعد ,عن أبيه قال ((مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت فعادني رسول الله(صلى الله عليه و سلم)فقلت أي رسول الله إن لي مالا كثيرا ,و ليس يرثني إلا إبنتي لي ,أفأ تصدق بثلثي مالي ,قال(لا),قلت :فالشطر؟ قال ((الثلث و الثلث كثير .إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)) صدق الله رسول الله صلى الله عليه و سلم

أخرجه إبن ماجة في صحيح سننه باب الوصية بالثلث رقم الحديث 2189 ص 111.

مقدمة

القاعدة أن الإنسان حر في التصرف بأمواله بيعاً وهبةً ووصيةً، وغيرها من التصرفات القانونية مادام أهلاً لها،وبذلك يملك الصلاحية التامة لممارسة جميع التصرفات القانونية سواء كانت بعوض او غير عوض ، غير أن مرضاً قد يصيب هذا الإنسان فيقعده عن قضاء حاجاته ومتابعة أعماله وإدارة ممتلكاته، فتوشك ذمته المالية على الانتهاء، ويظهر شبح الموت متجهاً نحوه، قادماً لإنهاء حياته، وتبدأ الأنظار تتجه إلى ثروته، ويبدأ تعلق حق الغير بهذه الثروة، سواء كان هذا الغير دائناً أم وارثاً، ويجد الإنسان نفسه تاركاً الحياة لا محالة، فيقبل على التوبة، وتتزين أمامه طرق الإحسان والبر، فيتصرف بأمواله هبة أو تبرعاً أو وصية بطريقة لا يقدم فيها على هذا التصرف لو لم يكن مريضاً، مما يجعل تبرعاته المنجزة حال حياته وسيلة لستر الوصية والخروج على أحكامها بمحاباة بعض ورثته أو تفضيل بعضهم على بعض، أو الايصاء لأجنبي بما يفوق الحد الجائز شرعاً، وقد يسرف في ذلك، فيتضرر من تصرفه من تعلق حقه بهذه الأموال، فجاءت المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي لتضع حدوداً لتصرفات الإنسان في هذه الحالة، ولتحقق العدالة بين الجميع بحيث لا يضار أحد ولا تنتقص حقوق أحد، وتحقق للمتصرف غاياته النبيلة ضمن حدود مرسومة ودقيقة، ومن ثم فان عوارض الاهلية الشائعة التي تصيب الكثير من الناس وتترك اثارا جمة على الحياة ، فقد نظمها المشرع بنصوص ، ومن اهم هذه العوارض مرض الموت ، وهو المرض الذي يلازم صاحبه حتى الموت .

فمرض الموت من المسائل المهمة على الصعيد القانوني في هذا العصر نظرا لكثرة تطبيقاته العملية وامتداداته وتشعباته النظرية , وقد أخذت به تشريعات عديدة بصورة متطابقة أو متقاربة أو متباعدة , وتخلفت تشريعات أخرى عديدة عن الأخذ به , وعليه فانطلاق من هذا يتبادر الى اذهانها تساؤولات عدة تجد اجاباتها من خلال دراسة جوانب هذا الموضوع ، ومن اهم هذه التساؤلات والتي تعد بمثابة اشكالية لموضوع البحث هي : مامفهوم المريض مرض الموت؟ ومن ثم طرح التساؤل المهم وهو ماهي احكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري والقوانين العربية المقارنة وكذا ماهو موقف القضاء الجزائري في هذا المجال؟

لكن قبل الخوض في صلب الموضوع لابد من الإلمام بجوهره , وأهميته و وتحديد نطاقه وأخيرا خطة بحثه ومنهجه وهذا ما سنتناوله تباعا في الفقرات الآتية :-

أولا:- جوهر الموضوع :

اتجهت النية في معظم البلدان العربية والإسلامية منذ وقت ليس بالبعيد إلى سن تشريعات مستقاة من الشريعة الإسلامية, ويعد هذا , في الحقيقة , موقفا محمودا ومسلكا صائبا وذلك لأن هذه الشريعة غنية بالحلول القانونية التي من شانها أن تحقق العدالة وترسخ لدى الناس ثقة بالتشريع وتوجد نوعا من التوافق أو التوفيق بين مصالح الأفراد المتعددة أو المتضاربة, وحيث أن التشريع الإسلامي قد بلغ الغاية القصوى من الإجادة والتجلي

في تحديد معنى مرض الموت وفي أحكامه فإننا رأينا من المحتم علينا أن نكشف عن ذلك وان نقارن بينه وبين ما وضع القانونيون على هذا الصعيد توخيا لتحقيق استفادة اكبر.

أما جوهر موضوع البحث فهو أن الشخص إذا مرض مرضا أقعده عن مباشرة أعماله وأحس بدنو اجله فان الغالب في مثل هذه الحالة أن تتسلط على هذا المريض فكرة الخطر المحدق أو الوشيك وهو ذهاب أمواله إلى الورثة أو واحد منهم أو إلى الغير أو بعضهم فيلجا بتأثير هذه الفكرة المتسلطة إلى التصرف في هذه الأموال معاوضة أو تبرع ولكن بشيء من المحاباة التي ستفضي إلى الإضرار بأولئك الورثة أو الغير , الأمر الذي يتطلب الحد من تصرفاته في هذا المرض ومن هنا فقد اعتبر مرض الموت , بناء على ذلك , حالة مقيدة ومؤثرة في تصرفات المصاب به , ولزم من ثم إعطاء هذه التصرفات أحكاما خاصة تختلف عن أحكام تصرفات الشخص غير المريض بهذا المرض , وإذا فمرض الموت لا يعدم أهلية الأداء ولا ينقصها ولكنه يحد من تصرفات المريض به .

والواقع إن معظم التشريعات العربية لاسيما المشرع الجزائري قد اعتمدت فيما يتصل بهذا المرض على الفقه الإسلامي مصدرا , وذلك لأنها قد اتاحت اللجوء إلى الشريعة الإسلامية إذا لم تجد الحكم في التشريع أو العرف مقدمة هذه الشريعة على قواعد العدالة .

<u>ثانيا :- أهمية موضوع البحث :</u>

يرمي هذا البحث إلى عدد من الأغراض المهمة التي كانت وراء اختياري لموضوعه كما يسعى إلى تقديم أجوبة عن بعض الأسئلة المثارة ووضع حلول لبعض المشكلات التي تواجهها المجتمعات اليوم . والحقيقة إن بعض الأغراض منبثقة من أهمية موضوع البحث النابعة من الغموض الذي يكتنفه والاختلاف في شانه وحاجة الناس المرضى بمرض الموت وغير المرضى إلى معرفة ما لهم وما عليهم من أحكامه , هذا فضلا عن أن الكتابات الفقهية القانونية لم تعطه ما يستحق من البيان فهي درجت على معالجته من الناحية الشرعية أو الناحية القانونية ولم تحاول الجمع بين الاثنين أو أغناء الجانب القانوني بما يتحصل من الفقه الإسلامي الذي برع فيه إلى حد بعيد , وان الأحكام القضائية لم تستقر على أحكام واحدة فيه وذلك لعدم تبلوره بصورة وافية مفهوما وأحكاما .

<u>ثالثا :- نطاق البحث والاشكاليات التي يتطرق لها :</u>

إن موضوع مرض الموت من السعة والتشعب بحيث لا تحيط أو تفي به رسالة ماجستير واحدة ولذلك آثرنا الاقتصار على معالجته من أكثر جوانبه أهمية من وجهة نظرنا ،فالزمنا أنفسنا بالاجابة على التساؤلات التالية : مامفهوم المريض مرض الموت ؟ ومن ثم طرح التساؤل المهم وهو ماهي احكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري والقوانين العربية المقارنة وكذا ماهو موقف القضاء الجزائري في هذا المجال؟

رابعا :- خطة البحث ومنهجه :

نزولا عند مقتضيات البحث العلمي والرغبة في الاقتصار في البحث على أكثر جوانب الموضوع أهمية ومراعاة لطبيعة هذا الموضوع فقد أثرنا بحثه في فصلين خصصنا اولهما لماهية مرض الموت ونقسم هذا الفصل الى مبحثين نعالج في المبحث الاول : مفهوم المريض مرض الموت من خلال تعريفه وتحديد نطاقه والمبحث الثاني لاثبات مرض الموت و الغاية من حصر تصرفات المريض مرض الموت وكرسنا الثاني لأحكام تصرفات المريض مرض الموت من خلال التطرق الى اثر مرض الموت على تصرفات الشخص المختلفة فإذا فرغنا من هذين الفصلين وصلناهما بخاتمة .

الفصل الأول

ـ ماهية مرض الموت

لقد بينت الشريعة الإسلامية الغراء و من بعدها القوانين الوضعية المعاصرة و منها القانون الجزائري أن التصرفات التي يبرمها الشخص و هو حال مرض الموت تأخذ أحكاما تختلف عن أحكام التصرفات التي يبرمها و هو في حال صحته .

و قبل التطرق لبيان حكم هذه التصرفات ، فلابد من الوقوف أولا على مفهوم مرض الموت و دلالاته و هذا ما تناولناه في **المبحث الأول** و كذا مدى تأثيره على أهلية المريض و هذا ما تطرقنا له في **المبحث الثاني** .

المبحث الأول

مفهوم مرض الموت

من خلال استقراء معظم القوانين الوضعية نجد انها لم تحدد مفهوم واضحا للمريض مرض الموت بل اكتفت بتحديد تصرفاتها واثارها ومن ثم فان مفهوم المريض مرض الموت لا يمكن الوصول اليه الا من خلال الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية لاسيما ان المادة الاولى من القانون المدني الجزائري تحيل الى احكام الشريعة الاسلامية ،وعليه يجب ان نتطرق الى تعريفه في المطلب الاول وتحديد نطاقه في مطلب ثاني :-

المطلب الأول :تعريف مرض الموت

ففيما سبق ذكره ان القانون المدني الجزائري لم يعرف مرض الموت لذلك نعود لاحكام الشريعة الاسلامية ، فبصفة عامة يمكن القول ان مرض الموت هو المرض الذي يغلب في الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا.

فالمرض :

كما قال الشريف الجرجاني : " إن المرض في ذاته هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص".[1] وقال غيره :"هو حالة غير طبيعية في بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية والنفسانية والحيوانية غير سليمة"،[2] كما قيل : "هو حالة للبدن خارجة عن المجرى الطبيعي3،[3] وقال بعضهم: "المرض هو ما يعتري الاجسام الحية من خلل او نقص تخرج به عن حالة اعتدالها العادية ،قليلا كان او كثيرا، وقد ينتهي به الامر الى القضاء على الحياة"[4]، "وهو اظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتداله " [5]، وفي مقاييس اللغة هو " كل ما يخرج بالكائن الحي عن حد الصحة والاعتدال من علة او نفاق او تقصير امر " [6]، وفي لسان العرب المرض هو السقم نقيض الصحة ،وكما جاء في معنى المرض مايلي : المرض هو الشك ومنه قوله تعالى ، " في قلوبهم مرض فزادهم الله مرضا " [7] ، أي شك ونفاق وضعف ويقين ومن هذه المعاني نخلص الى ان المرض هو تحول الطبيعة بعد صفائها او اعتدالها الى تغيرها واضطرابها ما ينشأ عنه نقص في القوة وفي الاعضاء .

---

[1]ـالتعريفات للشريف علي بن محمد بن علي السيد زين ابي الحسن الحسيني الجرجاني ، تحقيق ابراهيم الابياري، ط1،مطبعة دار الكتاب ، بيروت ،ص187.

[2]ـ تيسير التحرير ، لمحمد امين المعروف بأمير باد الشاه ، ج2 ، مطبعة مصطفى باب الحلبي ، القاهرة ، عام 1350 هـ ،ص 277.

[3]ـ كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام ، لعلي بن محمد البزودي ، ج4 طبعة اسطنبول ، لعام 1307 هـ ، ص 1427.

[4]ـ احمد ابراهيم ، الوصية وبيان احكامها في الشريعة الاسلامية ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة 1942م ، ص 197.

[5]ـ محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الشيرازي ، القاموس المحيط ، دار الحديث ، مصر ،د،س،ن،ص 344.

[6]ـ ابن الحسن ابن احمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس الغة ، تحقيق عبد السلام هارون ، مج 5 ، دار الفكر للطباعة ، د.ب.س.ن .ص 283.

[7]ـ سورة البقرة، الاية 10.

اما الموت:

هو خلاف الحياة بما يدل على ذهاب القوة من الشيء [8]،ويطلق الموت على السكون فكل ما سكن فقد مات ويقال ماتتالنار موتا اذا برد رمادها فلم يبق من الجمر شيء ، وجاء الموت بمعنى فقدان الحياة ومغادرة الروح للجسد الانساني كقوله تعالى :"***وجاءت سكرة الموت بالحق ذلك ماكنت منه تحيد*** " [9]،وقوله تعالى :"***اينما تكونوا يدرككم الموت ولو كنتم في بروج مشيدة*** ".[10]

ولتحديد معنى الموت بدقة ينبغي التطرق الى معاييره :

الفرع الاول :معايير مرض الموت

اولا :- المعيار القديم (أو التقليدي) :-

ووفقا لهذا المعيار تكون لحظة الموت الطبيعي للانسان بموت القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي، فينتج عن ذلك موت خلايا تلك الاعضاء بشكل تدريجي واحدا تلو الاخر، فمثلا قرنية العين والجلد والعظام تبقى حية لبضعة ايام بعد الوفاة ،اما الكلى فلا تبقى سوى خمسة عشر دقيقة، والكبد والقلب مدة خمس دقائق فقط[11] .

اما الدماغ فلا تعدو مدة بقائه بعد انقطاع وصول الدم اليه سوئ أربع اوخمس دقائق. [12]

ان الاعضاء التي ذكرتها كالقلب والدماغ تبقى حية خلال هذه الاوقات فقط وبعدها تموت ولكن تستأنف هذه الاجهزة او الاعضاء مزاولة وظائفها المعتادة عن طريق تدليك القلب او الصدمة الكهربائية او باستعمال جهاز الانعاش الصناعي. [13]

ان هذا المعيار القديم (او التقليدي) كما يستشف من تسميته قديم قدم البشرية ولا زالت بعض الدول تأخذ بهذا المعيار ، غير ان انتقادات كثيرة قد وجهت اليه اذ ان الدماغ او الجهاز العصبي ككل قد يظل حيا حتى بعد توقف جهازي الدوران والتنفس. ومن الانتقادات ايضا انه يمكن استبدال القلب البشري بقلب اما صناعي وإما بقلب بشري يؤخذ من شخص توفي عن قرب. [14] ولكن اذا مات القلب الذي يؤخذ من جسد الميت فلا قيمة لهذه العملية. [15]

---

[8]ـابي الحسن بن فارس بن زكريا ، المرجع السابق ، ص 284.

[9]ـ سورة ق الاية 80.

[10]ـ سورة النساء ، الاية 78.

[11]ـ امام محمد امام وسعد الفهيمي في حوار مع الدكتور محمد علي البار ، مأخوذ من الانترنيت عير الموقع التالي : www :ALsharaq awsat .com

[12]ـ احمد شرف الدين ، الضوابط القانونية لمشروعية نقل الاعضاء البشرية ، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية ، اصدار المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، مصر ن عدد1 ، مجلد 21، 1978م ، ص 124.

[13]ـ الدكتور حسام الدين الاهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الاعضاء ، مطبعة عين شمس ، مصر ،1975، ص 172.

[14]ـ سعيد محمد الحفار ، البيولوجيا ومصير الانسان ،(سلسلة عالم المعرفة)، مطابع الرسالة ، الكويت ،1984،ص 139،وما بعدها.

[15]ـ لان النقل متوقف على موت المنقول منه وموت المنقول منه متوقف على موت قبله فالعملية اذا ستكون نقلا لقلب ميت لاقيمة له ، الدكتور حسام الدين اللاهوني المرجع السابق ص 173.

ومن الانتقادات ايضا حالة الشخص المحكوم عليه بالإعدام، فانه يصار الى فحص القلب والنبض بعد مباشرة عملية اعدام المحكوم عليه به وقطع النخاع ألشوكي بكسر الفقرات العنقية، وللتأكد من توقف الجهاز التنفسي يقوم رجل الدين في الكنيسة بتمرير شمعة موقدة قريبة من وجه الميت للتثبت او التأكد من موته. [16] ويحضر تنفيذ الحكم بالاعدام في ساحة الاعدام طبيب او اكثر للتأكد من ان المحكوم عليه قد فارق الحياة بعد تنفيذ الحكم عليه فاذا ثبت انه لا يزال على قيد الحياة فانه يصار الى تنفيذ الحكم مرة اخرى حتى يفارق الحياة.

ولكن قد يحصل احياناً في حالات اخرى ان يتوقف القلب والدورة الدموية والجهاز التنفسي ثم تعود اليها الحياة مرة اخرى الامر الذي وقف امامه الأطباء حيارى لا يعرفون تفسيراً. ومن هنا فأن هذا المعيار لم يعد معياراً قاطعاً اكيداً على تحديد لحظة الموت، وتبين انه قد خالف مبدأين مهمين هما (ليس كل من مات قلبه عد ميتا ، ولا كل من بقي قلبه نابضاً اعتبر حياً ، اذ ان الانسان الذي يموت قلبه لا يعتبر ميتاً في بعض الأحيان لوجود جهاز الإنعاش الصناعي ولوجود الاجهزة الطبية المتطورة في عصرنا هذا، اما الشق الثاني والذي ينص على انه لا يعتبر حياً كل من بقي قلبه نابضاً , اذ كم من البشر يموتون بسبب الايدز والسرطان وتشمع الكبد وغيرها من الامراض التي تسبب الوفاة. [17]ولذلك أوجد علماء الطب معياراً آخر هو (معيار موت الدماغ او موت جذع الدماغ).

ثانيا :- المعيار الحديث :-

يسمى هذا المعيار معيار موت الدماغ، وموت الدماغ من الناحية الطبية هو (تلف لا رجعة فيه للانسجة العصبية داخل تجويف الجمجمة)، وأول من عرف هذا المعيار ونادى به هي المدرسة الفرنسية في مجال الطب عام (1959) التي سمت هذا (مرحلة ما بعد الاغماء)، ثم اعقبت هذه المدرسة لجنة (Adhoc) في جامعة هارفرد الأمريكية عام (1968)، وفي عام 1968 أقرت جمعية الطب العالمية بمصداقية هذا المعيار ابان الاجتماع الثاني والعشرين المنعقد في مدينة سدني الاسترالية. [18] وثمة اعلان مهم قد صدر في هذا المجال في عام 1976 عن المؤتمر المشترك للكليات الملكية البريطانية للأطباء (B.M.J) والحقيقة انه يعتبر تلخيصاً ومراجعة للدراسات التي سبقته، وانه لهذا السبب قد اصبح بعد عام من صدوره تعليمات قائمة في المملكة المتحدة للاطباء العاملين فيها تعينهم على تشخيص الموت الدماغي ومعرفته، ومما جاء في هذا البيان ما يأتي :- "ان موت الدماغ يمثل حالة يصبح الانسان فيها ميتاً بصورة حقيقة، لان جميع وظائف دماغه قد توقفت نهائياً وبدون رجعة".[19]

وللاحالة التامة بمعيار الموت الدماغي يلزم التعريج بشكل مبسط على تركيب الدماغ وعلى موت الدماغ، فالدماغ يتكون من اجزاء ثلاثة هي :- "1- المخ : وهو يتكون من فصي المخ، وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس والحركة والارادة. 2- المخيخ :- وظيفته

---

[16]- الدكتور منذر الفضل، التصرف القانوني بالاعضاء البشرية ، بغداد 1985.

[17]- Guide Juridique /Dalloz 1986 che ziv mort P 357-18.

[18]- الدكتور حسن عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالاعضاء البشرية في القانون الجنائي ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، 1995 ص 130.

[19]- عوني محمد فخري ، موت الدماغ في منظور قانوني ، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية ، اصدار بيت الحكمة العدد الرابع ، السنة الثانية ،2000، ص 88.

الاساسية توازن الجسم. 3- جذع الدماغ :- وفيه المراكز الاساسية في الحياة مثل مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية".[20]

والواقع ان اهمية الموضوع قد حملت الجهات الرسمية على تكليف لجان خاصة ببحثه ووضع معيار ملائم للتحديد وهذا ما حدث في الولايات المتحدة الامريكية عام 1980 عندما كلف الرئيس الامريكي رونالد ريغان لجنة خاصة هي (لجنة الرئيس لدراسة المشاكل الاخلاقية في الطب والبيولوجيا). وقد شكلت هذه اللجنة من كبار الاطباء ورجال القانون ورجال الدين لدراسة موضوع موت الدماغ فأصدرت قرارا بذلك في حزيران من العام المذكور ووافقت (25) ولاية امريكية على معيار موت الدماغ ثم ارتفع العدد الى (33) ولاية عام 1982 بينما لم تأخذ الولايات الامريكية المتبقية الا بمعيار موت القلب. وهذا يعني ان الشخص يعد حيا طبقا لقوانين بعض الولايات الامريكية بينما يعد ميتا حسب قوانين ولايات امريكية اخرى.[21]

وفي الواقع تختلف الفحوصات والاختبارات المقترحة للتيقن من حصول حالة موت الدماغ من بلد الى اخر، فعلى سبيل المثال ان جمعية الاطباء البريطانية تعتبر توقف احدى وظائف الدماغ لمدة اثنتي عشرة ساعة يكفي للحكم على الشخص بالموت دون الحاجة لفحصه بجهاز رسم المخ الكهربائي (Electroenc erhalon graph) والمعروف اختصارا (EEG) ، وفي بعض الدول كهولندا يتم تحديد لحظة الموت بتوقف جميع وظائف الدماغ لمدة ست ساعات متواصلة تحت المراقبة، وتتخللها ثلاثة اختبارات بجهاز (EEG) ، مدة كل اختبار نصف ساعة، اما جمعية الجراحين الالمانية فتستدل على حدوث الموت بتوقف وظائف معينة من الدماغ طوال اثنتي عشرة ساعة مع الاستعانة بجهاز (EEG) او بانقطاع وصول الدم الى الدماغ لمدة لا تقل عن ثلاثين دقيقة، ويتم التاكد من ذلك بطريقة وهي (Angio graphical method) ،هذا وهناك من يرى بان الإثبات الطبي والشرعي والقانوني للموت يجب ان يعتمد على تشخيص الموت الدماغي الذي يحدث بعد الموت الإكلينيكي، وتجدر الإشارة إلى ان حالة موت الدماغ قد تختلط ببعض الحالات المرضية كمرض السكر الحاد وامراض الكبد المستفحلة والتسمم الشديد واصابات الدماغ فتستعصي حتى على الاطباء المتمرسين , ففي الامراض المزمنة المذكورة انفا يكون الانسان في وضع صحي حرج ويصبح من حيث الأعراض شبيها بحالة موت الدماغ مع ان دماغه غير ميت وهذا يطلق عليه بالموت السطحي الكاذب. وهناك ظاهرة مهمة جدا قد تحصل عند موت الدماغ وهي احتمال حدوث حركات وتقلصات عضلية تلقائية في انحاء من جسم الميت دماغيا ليس لها علاقة مطلقا بنشاط الدماغ وانما منبعها انعكاسي من النخاع ألشوكي وتسمى ظاهرة (لازروف). بل ان الميت دماغياً قد يتحرك بكل جسمه، وهذا يشبه تقلصات الدجاجة وحركاتها الواضحة عند قطع رأسها، وأي حركة من هذا النوع لا تدل بتاتاً على وجود حياة في الدماغ، [22] وفي حقيقة الامر ان هذه الحركات الصادرة من الميت دماغياً تسبب الهلع للفريق الطبي الذي يقوم بعملية استئصال العضو من الجثة، مما حدا ببعض المستشفيات

[20]ـ الدكتور بكر عبد الله ابو زيد ، اجهزة الانعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والاطباء ، مجلة المجمع الفقهي ، ع 2، ج 1986،2،ص 531.

[21]ـ نفس المرجع. الدكتور بكر عبد الله ابو زيد .

[22]ـ الدكتور طارق الزعيم ، تعريف الموت ن بحث منشور في مجلة القضاء ، اصدار نقابة المحامين في العراق ، العدد 2، السنة 36 ،1986م، ص 348.

والمراكز الطبية الى حقن الموتى دماغياً بمرخيات العضلات قبل الشروع بأستئصال الاعضاء منها، وكذا تعيين اطباء نفسيين لتهدئة الفريق الطبي العامل. ويجدر بألاشارة انه في كثير من الحالات عندما توضع اجهزة الانعاش لا يكون الطبيب متيقناً من ان الدماغ قد مات، حيث تتميز تلك الحالات بالاغماء التام وتوقف التنفس التلقائي، وتحتاج الى سرعة كبيرة لمحاولة الانقاذ وبالتالي يبقى المصاب تحت المنفسة ولكي يشخص الطبيب موت الدماغ لا بد له من علامات يستدل بها وهي كالاتي :-

1- التأكد من ان المريض فاقد للوعي بصورة تامة مع انعدام القدرة على الاستجابة للمحفزات الخارجية.

2- انعدام وجود أي من منعكسات جذع الدماغ مثل البلع والسعال والتنهد والشهقة والقرنية.
3- انعدام القدرة على التنفس التلقائي، لذا فان ميت الدماغ يجب ان يرتبط بجهاز التنفس الاصطناعي.

4- اختبار استجابات جذع الدماغ للتحفيزات العصبية المركزية واهمها الفحص السعري الحراري للاذنين.

5- يجب ان تعاد هذه الفحوصات مرة اخرى بعد (6) ساعات للتأكد من حالة اللارجعة اما في حالة الموت الناجم عن التسمم او بسبب التعرض للانزيمات فيجب ان يعاد الفحص بعد (24) الى (36) ساعة .[23]

ان هذه العلامات تعتبر من المؤشرات الطبية لموت الدماغ المعتمدة عالمياً في الوقت الحاضر ومن ثم فأن الطبيب يستدل بهذه العلامات ليحدد لحظة الوفاة، الا ان جانباً من الفقه الفرنسي اعترض على قرار وزير الشؤون الاجتماعية الفرنسي الصادر في1968/4/25 ورفض الاعتماد على معيار انعدام رسام المخ الكهربائي كمعيار للموت، لان اغلب الدول كهولندا وألمانيا تستعين بجهاز رسام المخ الكهربائي كمعيار لتحديد لحظة الوفاة . لذلك فان انصار هذا المعيار يذهبون الى ان اجتماع هذه العلامات او هذه المؤشرات دليل على ان المريض قد فارق الحياة وعندها يتحول (جذع الدماغ)بعد فترة الى مادة سائلة في الدماغ. ويعتقدون انه يستحيل اعادة الحياة لشخص اجتمعت فيه هذه العلامات حتى وان بقي حيا بفعل اجهزة الانعاش الطبية المتطورة، كما انه من الناحية الطبية لايصلح القلب الذي ماتت خلاياه للنقل والزرع في جسد انسان اخر كما ذكرنا ولا يمكن من الجانب القانوني الاجهاز على انسان وهو في سكرات الموت لاستئصال احد أعضائه او قلبه او كبده لان هذا يشكل جريمة قتل عمدية، اما المشرع العراقي فقد وضع لاول مرة عام 1986م قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية واخذ فيه بمعيار موت الدماغ اذ نص على : "اجازة اخذ الاعضاء من المصاب بموت الدماغ وحسب الادلة العلمية الحديثة المعمول بها بتعليمات..."[24]

---

[23]- الملحق الخامس من دستور السلوك المهني الطبي الصادر في العراق عام 2002.
[24]-الفقرة ب من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية ، رقم 85 لسنة 1986.

ولقد صدرت التعليمات رقم (3) لسنة 1987 فعرفت موت الدماغ بانه:"حالة الفقدان اللاعائد للوعي المصحوب بالفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعدام التام للأفعال الانعكاسية لعرق الدماغ".

وتاسيساً على معيار موت الدماغ او جذع الدماغ – على رأي اطباء بريطانيا – فان الحصول على الاعضاء البشرية يكون بعد توقف الدماغ وعدم القابلية على الحياة لموت (جذع المخ) اذ ان الاخير هو المسؤول عن التحكم في المراكز العصبية للبدن والقلب والجهاز التنفسي وايصال الأوكسجين للخلايا في الدماغ. [25]

من جهة اخرى أعتقد بعض الباحثين، بوجود معيار ثالث غير المعيار التقليدي والمعيار الحديث يسمى بالمعيار (الشرعي) وذلك بسبب عيوب كل من المعيارين (التقليدي والحديث)، وغني عن البيان ان المعيار الشرعي هذا تبنته المؤتمرات الطبية في الدول الاسلامية التي اقيمت حول موضوع موت المريض مرض الموت، وهذا ما سنتولى بحثه تباعاً.

<u>ثالثا :- المعيار الشرعي :</u>

لما كان تحديد لحظة الموت في كل من المعيارين السابقين لم يلق قبولاً تاما وان هناك معارضة لكل منهما فلا غنى لنا عن التوجه نحو المعيار الشرعي الذي يقضي بان لحظة الموت تكون بتوقف القلب وموت جذع المخ، ونشطت بعض الجهود الاسلامية في بحث هذا الموضوع واصدر قرار رقم (99) في 1402/11/9 هـ عن هيئة كبار العلماء في الرياض اجيز بموجبه نقل عضو من جسم الميت الى جسم الانسان الحي وفي عام 1985 انعقدت في الكويت ندوة عن (بداية الحياة ونهايتها) بأشراف منظمة المؤتمر الاسلامي للعلوم الطبية وتطرقت لموت الدماغ، ثم انعقدت عام 1985م ايضاً الدورة الثامنة لمجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة لبحث الموضوع، وتنفيذا لتوصيات الدورة الثامنة المذكورة عقد مؤتمر خاص في الاردن للفترة من (22-24) أكتوبر عام 1985م عن موت الدماغ. [26]

وفي عام 1986م عقدت في جدة الدورة الثانية لمجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ونوقش فيها الموضوع الا انه تأجل البت فيه الى عام 1986م في شهر صفر عام 1407هـ حين انعقد في عمان مجمع الفقه الاسلامي واصدر القرارات الاتية :- منها انه : (يعتبر شرعا ان الشخص قد مات وتترتب جميع الاحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك، اذا تبينت فيه احدى العلامتين التاليتين :-

1- اذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاما وحكم الاطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

2- اذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا كاملا، وحكم الاطباء الاختصاصيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه، وأخذ دماغه في التحلل.

---

[25]- الدكتور منذر الفضل ، المرجع السابق ، ص 184.

[26]- قرار مجمع الفقه الاسلامي حول انتفاع الانسان باعضاء انسان اخر حيا كان ام ميتا الصادر في عام 1985م مأخوذ من النترنيت عبر الموقع التالي :www.AL-jazeera .net، مجلة مجمع الفقه الاسلامي العدد الثالث، الرياض ، ص 731،732.

وفي هذه الحالة يسوغ دفع اجهزة الإنعاش المركبة على الشخص وان كان بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل اليا بفعل الاجهزة المركبة)، كما جاء في قرارات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الاسلامي المنعقد في جدة للفترة 18-23 جمادى الاخرة 1408هـ ,

6-11 شباط 1988م قرارا برقم (1) في شأن انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا كان او ميتا وقد قيل في معيار الموت ما نصه : (ويلاحظ ان الموت يشمل حالتين :- الحالة الاولى :- موت الدماغ بتعطل جميع وظائفه تعطلا كاملا لا رجعة فيه طبياً. الحالة الثانية :- توقف القلب والتنفس توقفا تاما لا رجعة فيه طبيا. فقد روعي في كلتا الحالتين قرار المجمع في دورته الثالثة)،و ب الرغم من وجود من يأخذ بالمعيار الشرعي هو معيار مشترك فأن الاختلاف الفقهي او الشرعي او الطبي ما زال قائما في شأن استخدام اجهزة الانعاش المركزة التي أوجدت ما يسمى الان بـ (الميت الحي او الموت المقنع). [27]

ويجدر بالذكر هنا ان الاستاذ سافتيه قد ذكر في هذا الخصوص ان الامر يتعلق بحماية المريض الخاضع للتقنيات الجديدة أي للاحياء الصناعي وما ينجم عن ذلك من تسرع بعض الاطباء الى الاعلان عن الوفاة لاستعمال الجثة او نقل الاعضاء منها. [28]

واذا ظن البعض بأن هذه المؤتمرات قد قررت الاخذ بالمعيارين معاً : المعيار التقليدي (بدعوى تعويلها على توقف القلب والتنفس توقفاً تاما) والمعيار الحديث (بدعوى تعويلها على تعطل وظائف الدماغ تعطلا نهائيا)، فجمعت بين المعيارين في معيار جديد (شرعي)، فأن الحقيقة غير ذلك، اذ ان الاخذ بالمعيارين معاً فضلا عن استحالته لانه جمع بين متناقضين فهو مع ذلك لم يكن مقصودا في التوصيات او الاراء الفقهية وان ما ذكر من فقرتين لتحديد الموت بشكل علامتين او دليلين على الموت الدماغي حيث رأينا ان توقف التنفس التلقائي والنبض اول الادلة التي يضعها اصحاب المعيار الحديث للدلالة على الموت الدماغي، ولذا يصر انصار المعيار الحديث على ايراد جملة (توقف التنفس التلقائي) وليس (توقف التنفس)، وذلك لكي يفهم انه حتى وان امكن اجراء التنفس الصناعي لمن مات دماغه فان ذلك لايغير من حقيقة موته شيئا. فهذا دليل لاصحاب المعيار الحديث لا للمعيار القديم. ولاختبار صحة هذه النتيجة يتبين لنا لدى مراجعة النصوص السابقة لمؤتمري عمان وجدة انه يشترط بعد ذكر توقف القلب والتنفس، ان يكون هذا التوقف (لارجعة فيه) أي (تماما،نهائيا)وهذا ينسجم كثيرا مع المعيار الحديث، اما المعيار القديم فالحكم بالموت جائز فيه على شخص مات قلبه ورئتاه حتى لو أمكن اعادته الى الحياة بطريقة ما كالإنعاش الصناعي واستعمال مضخة خاصة (منفسة)كما رأينا سابقا.

---

[27] المرجع السابق ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي.

[28]- الدكتور احمد شرف الدين ، الحدود الانسانية والشرعية القانونية للانعاش ، مجلة العدالة دولة الامارات المتحدة ، لعام 1983، ص 51 وما بعدها.

لقد ذهب الفقه الإسلامي ، على خلاف هذين المعيارين ،الى ان الإنسان يموت في حالة ما اذا ظهرت عليه إمارات الموت والتي هي :-انقطاع نفسه، احداد بصره, انفراج شفتيه فلا ينطبقان ، انخلاع كفيه من ذراعيه أي انفصال زنديه،تمدد جلدة وجهه، تقلص خصيتيه الى فوق مع تدلي الجلدة، اعوجاج أنفه وميله، انخساف صدغيه، استرخاء قدميه وسقوطهما فلا ينتصبان. [29] وعليه فان الموت هو من الغيبيات لان الروح والنفس لا يعلم حقيقتها الا الله – جل جلاله- استنادا الى قوله تعالى : ***"ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم الا قليلا"***.[30]

لذا ان رجوعهما الى خالقهما من المغيبات التي لا تخضع للعلم التجريبي ونستدل على ذلك من قوله تعالى : ***"الله يتوفى الأنفس حين موتها والتي لم تمت في منامها فيمسك التي قضى عليها الموت ويرسل الأخرى إلى أجل مسمى"***.[31] ويقول عليه الصلاة والسلام : ***"ان الروح اذا قبض تبعة البصر"***.[32]

[29]- المغني ، لابن قدامة ، ج2 ، ط1 ، مطبعة المفار ، بدون تاريخ ، مصر ، ص 452.
[30]سورة الاسراء ، الاية 85.
[31]- سورة الزمر ، الاية 42.
[32]- اخرجه مسلم ، الجنائز، اغماض الميت ، ج2 ، رقم الحديث 920 ، ص 634.

وبعد ان عرضنا بصفة وجيزة المعايير المستند عليها في تحديد مرض الموت سنتطرق بعدها الى تحديد معنى مرض الموت في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

الفرع الثاني : تحديد معنى مرض الموت في الفقه الاسلامي

والقانون الوضعي والقضاء الجزائري .

سنعالج في هذا الفرع معنى مرض الموت ولكن قبل الخوض في هذه المسألة نجد من المناسب ان نميز بين المرض العادي وبين مرض الموت ، فالمرض العادي كما أسلفنا هو المرض الذي يصيب المريض به بالارهاق والتعب الشديد وقد يكون مصحوب بالام عضوية وسوى ذلك من العلامات والاعراض، ومثل هذا المرض يمكن ان يشخصه الطبيب ويصف او يجري له العلاج المطلوب، واذن فهو مرض يمكن ان يعالج ويبرأ منه المريض ،وقد عرف الاطباء حتى الان امراضا كثيرة جدا، منها : امراض عضوية في اجهزة البدن واعضائه، وامراض نفسية تتجلى باضطرابات سلوكية عند الانسان، وامراض تنتقل من احد الابوين الى الاولاد, وامراض سارية تنتقل من المريض الى الصحيح ، وامراض غامضة مجهولة السبب ، لم يهتد الطب الى معرفة اسبابها بالرغم من التطور الواسع الذي احرزه في العصر الحديث. اما مرض الموت، فهو المرض المخوف الذي حكم الطب بكثرة الموت به سواء أكان المريض طريح الفراش ، ام لم يكن، لذا فان المرض المخوف بأنواعه (كالايدز والسرطان والسارز وانفلونزا الطيور والجمرة الخبيثة والحمى الصالب والرعاف الدائم وذات الجنب ووجع القلب والرئة وتشمع الكبد) اذا اتصل به الموت كان مرض موت وجرت عليه احكام المريض مرض الموت، واذا لم يتصل به الموت بان صح المريض من مرضه ثم مات بعد ذلك فحكمه حكم الصحيح لا المريض.[33]

اولا - معنى مرض الموت في الفقه الاسلامي

لم تتفق كلمة جمهور الفقهاء على تعريف مرض الموت وتفسيره , فقد جاء في الفتاوى الهندية : "المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه ..."،وفسرهُ بعضهم بأنه يكون صاحب فراش ،وقال ابن عابدين:"كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضا مرض الموت بل العبرة للغلبة ، ولو الغالب من هذا المرض فهو مرض الموت، وان كان يخرج من البيت "،ويقول ايضا : "ان علم ان به مرضا مهلكا غالبا، وهو يزداد الى الموت ، فهو المعتبر ، وان لم يعلم انه مهلك، يعتبر العجز عن الخروج للمصالح ".[34]

وقال الكاساني : "مرض الموت هو الذي يقعد الانسان عن عمله المعتاد في حال الصحة، فيقعد الرجل عن عمله خارج البيت ويقعد المرأة عن عملها في البيت. وروى

[33]- الدكتور محمد سعيد البوطي ، انتفاع الانسان باعضاء جسم انسان اخر حيا او ميتا ، منشور في مجلة الفقه الاسلامي ، العدد الرابع ج 1 ، بحث مقدم للدورة الرابعة للمجمع ، ص 208.

[34] - الفتاوى الهندية ، لابي المظفر محي الدين اورنك ، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ،دار الفكر ، ط1310،2 ، ص 76.

الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه قال :- المريض الذي اذا طلق امرأته كان فاراً، هو ان يكون مضنى لايقوم الابشدة ، وهو في حالة يعذر في الصلاة جالسا".[35]

وقال جماعة من الفقهاء غير ذلك فعرفه ابن الهمام، بانه : "المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا وان يكون بحالة لا يقوم بحوائجه كما يعتاد الاصحاء ولا فرق بين ما اذا كان بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قُتل "،وعرفه الرملي بانه كل مايستعد بسببه للموت بالاقبال على العمل الصالح، اما الشيرازي فعرفه بانه" المرض الذي لايؤمن معه معالجة الموت". اما الحلي فيعرفه بانه "المرض الذي يتحقق به الموت سواء كان مخوفا او لم يكن مخوفا". وقيل هو ما يكون الغالب فيه الموت كالسل وحُمى الدقوق ـ ذف الدم. [36]

كما يرى الحنفية ان مرض الموت هو "المرض المخوف الذي يؤدي الى هلاك صاحبه وينتهي به الى الموت ولو لسبب غير هذا المرض" ،[37] ولكنهم اختلفوا في تفسير اماراته واوصافه الظاهرة.

فقال بعضهم : من كان لا يرجى برؤه بالتداوي فهو مريض ، وقيل انه : من لا يستطيع اداء الصلاة قائما ، وقيل من كان لايستطيع ان يقوم الا بمساعدة اشخاص غيره ، وقيل من كان لا يخطو ثلاث خطوات من غير ان يستعين بغيره ، وقيل بأنه الشخص الذي يلازم الفراش ولا يستطيع القيام بحوائجه المعتادة في البيت كما يعتاد الاصحاء .[38]

ويرى المالكية ان مرض الموت هو كل مرض يؤكد فيه الاطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسل [39].

ويراد بكثرة الموت ان الموت يكون شائعا لا يتعجب منه .[40]

ويرى الشافعية ان مرض الموت هو المرض الذي لا يتطاول بصاحبه معه الحياة ، وقيل انه كل مرض يتصل بالموت وقد اشترط الشافعية في مرض الموت ان يكون مخوفا ، وهو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به ، بمعنى ان يكون حصول الموت بسببه غير نادر. [41]

---

[35] ـ بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، ج3 ، ط1 ، مطبعة الجمالية ، القاهرة ، 1328 هـ ،1910، ص 224.

[36]حسين المؤمن ، نظرية الاثبات ، بالمحررات او الادلة الكتابية ، ج3 ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد 1975م، ص148.

[37] ـ بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين ابي بكر بن مسعود الكساني ، المرجع السابق ، ص 224.

[38]ـ محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي ، الدر المختار ، شرح تنوير الابصار وجامع البحار ، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 2002 ، ص 226.

[39]ـابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ن ج 2 ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، لبنان ،1998.

[40]ـ شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ، دار احياء الكتب العربية ، مصر د .س.ن ص 306.

[41] ـ رشاد السيد عامر ابراهيم ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الاسلامية والقوانين الاخرى ، بحث للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر ،1989.

ويرى الحنابلة ان مرض الموت هو المرض الذي يكثر حصول الموت منه ،[42] وليس المراد بالكثرة ان يغلب على الظن الموت منه ، او يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه ، وانما يكون سببا صالحا للموت فيضاف اليه ويجوز حدوثه عنده .[43]

ويمكن القول بان جمهور الفقه الاسلامي يرى ان مرض الموت هو المرض الذي مات فيه المقر اوالموصي مطلقا ولا يتعين المرض ان كان مرض موت او مرض شفاء الا بعد الوفاة ولذلك تبقى عقود المريض واقراراته صحيحة ومعتبرة ما دام حيا فلا يجوز الاحتجاج بالمرض لابطال تصرفاته الا بعد وفاته. [44]

ولو تأملنا في هذه النصوص او الأقوال لتكشف لنا ان اختلاف الفقهاء لم ينصب على حقيقة مرض الموت ومفهومه، وانما انصب على اماراته وعلاماته .

ويمكن القول بعد هذا كله ان مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه ان ينتهي بالموت، ومن هنا فانه لا يمكن الجزم بان المرض مرض موت او مرض شفاء الا اذا تحقق الموت فعلا .

-ثانيا: معنى مرض الموت في القانون الوضعي

جاءت التقنينات المدنية العربية على غرار القانون المدني الجزائري، فلم تعن بوضع تعريف لمرض الموت واقتصرت على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض رض الموت .

فقد جاء في التقينن المدني الاردني ان:"مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".[45] وثمة قرارات صدرت من محكمة تمييز الحقوق الاردنية بهذا المعنى.[46]

و يتبين لنا من هذا ان مرض الموت، هو ذلك المرض الذي يصيب الشخص فيؤدي به الى ان يكون انسانا مريضا عاجزا عن متابعة اعماله المعتادة خارج بيته ويغلب عليه الهلاك ويموت على تلك الحال، فاننا مع ذلك نرى ان المرض سبب قد يؤدي الى الموت ولكن الموت والحياة لا يتحكم فيهما المرض وانما تتحكم فيهما ابتداء وأنتهاء قدرة الله – جل جلاله – فهو وحده لا شريك له الذي يقدر الموت والحياة ويتحصل لدينا من هذا النص انه اذا استمر المرض على حاله دون زيادة مدة سنة او اكثر فان تصرفات المريض مرض الموت تعد بحكم القانون كتصرفات الانسان الصحيح , ولكن لو استمر المرض اكثر من سنة وهو

[42]- احمد حافظ القاسمي ، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2001، ص 47.

[43]- احمد بن عبد الحليم بن تيمية ، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمن قاسم ، مكتبة ابن تيمية ، د ، ب ، د ، س ،ن،ص191.

[44] ـ محمد احمد البديرات ، مدى اعتبار مرض الاديدز مرض موت واثره في تصرفات المريض في القانون الاردني ، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، مج 22 ، العدد الاول 2006، ص 63.

[45]-المادة 1/543 من القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

[46]- القرار رقم 1990/198 ، المنشور في مجلة نقابة المحامين الاردنية ن لسنة 1990 ، ص 1842.

يزداد لاعتبرت تصرفات هذا الشخص بحكم تصرفات المريض مرض الموت . [47] وهذا النص مستمد في الحقيقة من مجلة الاحكام العدلية في المادة (1595) منها . وقد استند بعض الكتاب الاردنين في تعريفهم لمرض الموت الى هذا النص وذلك لما يتسم به من وضوح في تحديد وتعريف مرض الموت، اذ ذهب بعضهم الى انه :"ويلاحظ من تعريف مرض الموت ان مرض الموت هو الذي لا يستطيع فيه الإنسان ان يقوم بإعماله المعتادة التي يقوم بها كل يوم والتي يقوم بها الإنسان العادي ويغلب على هذا المرض الهلاك ،أي ينتهي به الوفاة في الغالب."[48]

وثمة تعريفات اخرى للكتاب فمنهم من يرى ان المراد بالمريض مرض الموت : "هو الذي يعجز عن القيام بمصالحه المنوط به أداؤها بعد ان كان قادرا عليها وينتهي مرضه بالموت ، وهذه المصالح تختلف باختلاف الأشخاص ذكورة وأنوثة وباختلاف الوظائف والاعمال فلكل من الموظف والصانع عمل مخصوص فاذا عجز عنه بسبب المرض ومات عقبه سمي مرضه مرض موت".[49] ومنهم من يقول بان مرض الموت : "هو المرض الذي يفضي الى الموت غالبا ويعقبه الموت فعلا".[50] ومنهم من يقول بانه : "المرض المتصل بالموت أكثر".[51] كما ان منهم من يعرفه بانه : "المرض الذي يغلب فيه الهلاك".[52]

ويتبين من هذه التعريفات انها تختلف عن بعضها بالألفاظ غالبا أي ان الاختلاف هو اختلاف في الألفاظ لا في المعاني ، ومن هنا فان غالبيتهم استقرت على ان مرض الموت هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ويكون الغالب فيه موت المريض . ويتحصل لدينا من هذا النص انه اذا استمر المرض على حاله دون زيادة مدة سنة اواكثر فأن تصرفات المريض مرض الموت تعد بحكم القانون كتصرفات الانسان الصحيح ، ولكن لو استمر المرض اكثر من سنة وهو يزداد لاعتبرت تصرفات هذا الشخص بحكم تصرفات المريض مرض الموت. [53] وهذا النص مستمد في الحقيقة من مجلة الأحكام العدلية في المادة (1595) منها. ولاشك ان مسالة العجز منوطة بطبيعة وظائف الأشخاص وما بينهما من اختلاف واذا صح في حق الرجل ، فانه يختلف بعض الشيء في حق المرآة فهو المرض الذي يغلب فيه موتها ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت ، وهذا يعني ان مرض الموت يجمع بين الرجال والنساء في أمرين لا يكون المرض مرض موت دونهما وهما غلبة الهلاك فيه والعجز عن القيام بالمصالح فإذا حصل العجز المذكور بسبب المرض وانتفت غاية الموت كالرمد وكسر الرجل مثلا فلا يعد هذا مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك.

---

[47]- الدكتور ادم وهيب النداوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة في القانون المدني الاردني ، البيع والايجار ، ط 1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999 ، ص 86.

[48]- الدكتور محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني ، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2004 عمان - الاردن .

[49]- احمد ابو الفتح المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين المصرية ، ج 2 ، ط 2 مطبعة النهضة ، مصر عام 1922 م ص 242 - 243.

[50]- الدكتور مصطفى الزلمي ، مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض ، ج 2 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1984 ، ص 50.

[51]- الدكتور عز الدين بحر العلوم ، الحجر و احكامه في الشريعة الاسلامية ، ط 1 ، دار الزهراء ، بيروت ، 1980 ، ص 434.

[52] - الاستاذ فريد فتيان ، شرح الاحوال الشخصية ، ط 2 لندن ، عام 1986، ص 119 ، والدكتور عز الدين بحر العلوم ، المرجع السابق ، ص 432.

[53]- الدكتور ادم وهيب النداوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة في القانون المدني الاردني ، البيع والايجار ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، 199 ، ص 86.

وهذا ما قضت به ايضا محكمة تمييز الحقوق الأردنية،[54] وهو ما سنعالجه بمناسبة شروط مرض الموت في الموقع المناسب لاحقا.

وقد أختلف في عد المرض الذي يطول أمده كالسل مثلا ،فهل هو مرض موت ام مرض صحةّ ؟ فقد قال بعضهم ان كان يزداد المرض شيئا فشيئا فهو مرض موت لان الغالب ان ينتهي بالهلاك، وقال بعضهم الأخر – بحق – ان كان لا يرجى برؤُه بتداو فمرض موت والا فمرض صحة .

وثمة من قال بأنه لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر صاحبه صحيحا . [55]

اما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه تعريف لمرض الموت ولذلك يكون الرجوع فيه الى الفقه الإسلامي وكان الأجدر بالمشرع العراقي ان يورد تعريفا لمرض الموت تجنبا للاختلافات وسوء التفسير وابتعادا عن الخوض في أراء الفقهاء وتفصيلاتها وتسهيلا لمهمة القضاء في تطبيق القانون، وقد حمل هذا الفراغ التشريعي القضاء العراقي على الاجتهاد في تعريف مرض الموت بالاستفادة من اراء الفقهاء المسلمين فعرفته الهيئه العامة لمحكمة التمييز العراقية بانه: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت".[56] وعرفته ايضا : "بانه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعُجز صاحبه عن عمله ويؤدي الى وفاته في مدة قصيرة".[57] وقضت كذلك : "ان مرض الموت هو الذي يمنع المريض من مزاولة أعماله المعتادة والذي يغلب فيه الهلاك ويؤدي الى وفاة المريض".[58]

ويتبين ان قرارات محكمة التمييز العراقية قد أكثرت من الخوض في معنى مرض الموت وما يُعد من الإمراض مرض الموت ومالا يعد ولكن حيث يكون من غير الممكن تحديد هذا المرض من خلال العلامات الظاهرة له دون الركون الى المعرفة العلمية فيه ومدى خطورته ودون الاستناد الى الخبرة العلمية الدقيقة فان التشريع العراقي في قانون الاثبات رقم (107)لسنة 1979 قد اعتمد موضوع الخبرة في المواد (132 و146) منه ففي المادة (132) منه قد قضى بأن الخبرة هي تدبير تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية بواسطة اصحاب الاختصاص للبت بمسائل فنية تكون محل نزاع. [59] كما قضى

---

[54] ـ محمد زيد الابياني ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، ج 2 ، مكتبة النهضة ، بيروت ، 1920 م ، ص 315.

[55] ـ قضت محكمة تمييز الحقوق الاردنية بانه : " عرفت المادة 543 من القانون المدني مرض الموت بانه المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فان امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او اكثر تصرفاته كتصرفات الصحيح ،...... لكي يعتبر المرض مرض الموت فانه لابد ان تتوفر به ثلاثة شروط هي :ـ ان يعجز الانسان عن متابعة اعماله المعتادة ، ـ ان يغلب في هذا المرض الهلاك ، ـ ان يموت الانسان على حاله تلك قبل سنة من تاريخ المرض ، وحيث ان محكمة الموضوع قد توصلت في قرارها المميز ان المرحوم ابراهيم كان مريضا مرض الموت وان تصرفاته وبيوعه تأخذ احكام مرض الموت المنصوص عليها في القانون المدني ، ومن قبله مجلة الاحكام العدلية نجد ان ما توصلت اليه المحكمة واقع في محله ..." قرار محكمة تمييز الحقوق ، رقم 1998/2400 ، المجلة القضائية لعام 1998 ، ص 610/8.

[56] ـ احمد ابو الفتح ، المرجع السابق ، ص 243.

[57] ـ قرار محكمة التمييز العراقية رقم 298 / هيئة عامة / 1973 في 20 – 04 – 1974 ، النشرة القضائية ، العدد الثاني ، السنة الخامسة ، ص 102.

[58] ـ القرار المرقم 221/ هيئة عامة / 1977 في 30-07-1977 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث والرابع ، السنة الثامنة ، 1977، ص 64 .

[59]ـ القرار المرقم 447 / حقوقية / 1966 في 12-10 – 1966 ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع ، ص 130.

في الفقرة الاولى من المادة (146) من هذا القانون بجعل تقرير الخبير سبباً للحكم،[60] وقد تمسكت محكمة التمييز العراقية بذلك في قراراتها ومنها ان :"عرض التقارير الطبية المبرزة الخاصة بمورث المدعي على اللجنة الطبية الرسمية المختصة لبيان ما اذا كان المرض الذي توفى به ويعتبر مرض موت أم لا".[61]

بناءً على ما تقدم نجد محكمة التمييز تقرر في شأن مرض الموت ما يأتي : "ان مرض الموت يُرجع فيه الى الشريعة الاسلامية حسب نص المادة الاولى من القانون المدني، وهو الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فان طالت مدته أكثر من سنة وهو على حال واحد فأن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح".[62]

ـ كما ان القضاء المصري قد تعرض في كثير من احكامه لتعريف مرض الموت سواء في ظل التقنين المدني القديم او الجديد، فقد عرضت المحاكم الاهلية لتعريف مرض الموت فقررت محكمة مصر الابتدائية ان:(مرض الموت المعتبر – عند علماء الشرع – هو الذي يخاف منه الموت ولا يرجى بروءه، سواء الزم صاحبه الفراش ام كان يخرج من بيته، وعدمه، لان الامراض العضالة من طبعها ان لا تؤثر في العقل كمرض السل وغيره .[63] وقررت محكمة الاستئناف الاهلية ان التصرف لا يعتبر حاصلاً في مرض الموت الا اذا ثبت ان المرض أمتد من تاريخ العقد المطعون في صحته لعدم الاهلية الى حين الوفاة.[64] كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه:"من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى – قضاء هذه المحكمة ان يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، ويشعر معه المريض بدنو اجله، وان ينتهي بوفاته...".[65] وعرفته محكمة الاستئناف الوطنية المصرية بانه:" المرض الذي يعتري الانسان شيخاً ام شاباً وينتهي بالموت بحيث يشعر الانسان بقرب انتهاء اجله."[66]

ويتحصل لدينا مما تقدم ان القانون المدني الاردني قد أفرد تعريفا لمرض الموت في المادة (1/543)منه، مستندا في ذلك الى الشريعة الاسلامية المتمثلة بمجلة الاحكام العدلية والتي تنص في المادة (1595) منها على تعريف مرض الموت بانه :"المرض الذي يخاف فيه الموت في الاكثر ، والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، صاحب فراش كان او لم يكن ، وان امتد مرضه دائما على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح، مالم يشتد

[60] ـ تنص المادة 132 من قانون الثبات العراقي على : " تتناول الخبرة الامور العلمية والفنية وغيرها من المور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية "، الدكتور محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، ج 3 مطبعة شفيق ، بغداد ، 1983 ، ص 1241.
[61] ـ تنص المادة 140 / اولا من قانون الاثبات العراقي على : " للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا للحكم ".
[62]ـ قرار محكمة التمييز العراقية ، رقم 3496/ م 2 / 1998 في 1998/10/03، غير منشور.
[63] ـ محكمة مصر الابتدائية في 14 يولية 1891 ، الحقوق 6 ، ص 153 ، مرجع القضاء 2699 ، مجموعة ناصر .
[64]ـ استئناف اهلي في 21 ديسمبر 1891، الحقوق 25 ، ص 5 ، مرجع القضاء 2705 ، مجموعة ناصر .
[65]ـ محكمة النقض المصرية في 1973/2/6 ، 24 - 151 مجموعة النقض في 25 سنة تحت (مرض الموت القواعد من 11-14).
[66]ـ المجموعة الرسمية 19 ، رقم 42 ، ص 61 .

مرضه ويتغير حاله ، فلو اشتد مرضه وتغير حاله ومات بعد حاله اعتبارا من وقت التغيير الى الوفاة اعتبر مرض موت"[67] .

كما جاء في مجلة الاحكام الشرعية ضمن المصطلحات الفقهية تعريف مرض الموت في المادة (868) منها بان : "مرض الموت المخوف هو مرض يخاف منه في العادة متصل بالموت". [68]

ان كلا من القانون المدني العراقي والمدني المصري قد افتقرا الى وضع تعريف لمرض الموت تاركا ذلك للفقه الاسلامي ومقتصرا على بيان القواعد العامة التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت .

اما القانون المدني الفرنسي فلا يوجد فيه تعريف لمرض الموت ولا يوجد في هذاالتقنين نصوص مقابلة للنصوص الواردة في القانون المدني الاردني من جهة ،ولا في التقنينات العربية الاخرى كالقانون المدني العراقي والمصري التي تحكم تصرفات المريض مرض الموت، [69] ولم يعرف مشروع القانون المدني الفرنسي الإيطالي الا بطلان التصرفات الحاصلة في مرض الموت للاطباء والصيادلة ورجال الدين وفقاً للمادة (909) مدني فرنسي، [70]، وذهب ديمولوب (Demolombe) الى ان مرض الموت مسالة طبية بجانب انها مسالة قانونية وعلى القضاء اللجوء الى اهل الخبرة وهم الاطباء . [71] وقد جرى الشراح الفرنسيون على تعريف مرض الموت ؛ بانه: "المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ويكون الغالب فيه موت المريض", وان مرض الموت لا يبدا بظهور الاعراض الاولية وانما يبدا عند اضطرار المريض لتغيير نوع معيشته والتحقق من انه غير قابل

---

[67] ـ علي حيدر ، شرح مجلة الاحكام ،ج4 ، مكتبة النهضة ، بيروت ، بغداد ، ص 45 ، المادة 1595 ، من المجلة ، وهي وفق المذهب الحنفي .
[68]ـ الشيخ احمد عبد الله القاري ، مجلة الاحكام الشرعية ط 1 ، ص 302 / المادة 868 من المجلة ، وهي وفق المذهب الحنبلي.

[69]ـ وفي هذا الصدد يقول الاستاذ جاك غستان ، في كتاب " المطول في القانون المدني ج 1 ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، مراجعة الدكتور فيصل كلثوم ، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع لسنة 2000 م ، بيروت ، لبنان بند 251 ص 255-256 ما يلي :" وبهذا المعنى يمكن تفسير المادة 1134 من مدونة القانون المدني التي لا تعترف بالقوة الالزامية الا للعقود المكونة شرعا ، أي المتوافقة مع القانون الوضعي "، أي ان القانون الفرنسي لا يعرف مرض الموت بمعناه الشرعي عند فقهاء المسلمين ولن يعرفه تحت أي عنوان اصطلاحي والسبب في ذلك لانهم يخلطون بين مفهوم القانون الوضعي والقانون الشرعي فعندهما سواء.

[70]-Art -909 « les docteurs en medecine ou en chirurgie les officies de sante …..qui aurront traite une personne pendant la maladie don t elle meurt K ne pouront profefitier des despositions entre vifs ou tesamentaires qu elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie …… »
وترجمته " الاطباء والجراحون ورجال الصحة والصيادلة اذا عالجوا شخصا في مدة مرضه الذي مات منه ليس لهم ان يستفيدوا من التصرفات بين الاحياء او بالوصية التي يعلمها لمصلحتهم خلال هذا المرض وتسري هذه الاحكام بالنسبة الى رجال الدين "، الدكتور محمد كامل مرسي ، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الاجنبية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1950 م ، ص 267.

[71] ـ الدكتور احمد نجيب الهلالي ، حامد زكي في كتاب شرح القانون المدني ، عقود البيع والحوالة والمقايضة في التقنين القديم والجديد ط 3 ، مطبعة دار الفجالة الجديدة ، القاهرة 1954م، ص 199، هامش 5 و ص 200 ، هامش 1.

للشفاء .[72] واذا بحثنا في القضاء الفرنسي لوجدنا فيه كثيرا من الاحكام المعبرة عن مدى صعوبة وضع تحديد حاسم لمرض الموت بالرغم مما بين تلك الا حكام من تناقض .[73]

ثالثا: معنى مرض الموت في القضاء الجزائري

لم يتطرق القضاء الجزائري في كثير من المسائل المتعلقة بمرض الموت الى تعريفه ، ففيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت ، نجده ينص في احد قراراته ما يلي : " من المقرر شرعا ان مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الاخير اذا كان خطيرا ، ويجر الى الموت ، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ، ومن ثم فان القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من احكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد ، القضائي السائد، فنجد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09 يعرف في حيثياته مرض الموت كما يلي :

" يتضح من الدعوى ، أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحبه مرض الموت ، وفي هذا الصدد ، فان المعروف فقها و اجتهادا أن المرض الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا يجر إلى الموت ، و به يفقد المتصرف وعيه و تميزه ، و بحسب ذلك فعلى الطاعنين أن يثبتوا بأن البائع لم يملك تمييزه و لا صحة عقله ، و أن المرض الذي انتابه أدى إلى تصرف باطل ..."،[74] ومن ثم فاننا نستنتج من استقرائها لهذا التعريف ان القضاء الجزائري اتجه في هذا القرار الى تعريف مرض الموت بذكر شروطه الذي سنتطرق اليها لاحقا.

كما نجد قرار اخر نص في حيثياته " ان حالة المحبوس (ع م) الذي اقام الحبس موضوع النزاع في اوت 1987 كان يعاني منذ 1985 من مرض خطير لازمه الى يوم وفاته في 03 نوفمبر 1987".[75]

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح جليا ان القضاء الجزائري لم يشترط في مرض الموت مدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة ، كما لم يشر الى اشتراط عنصر فترة حدة المرض الذي اشارت اليه المادة 408 من القانون المدني في نصها الفرنسي بقولها:

« Dans la période aigu de la maladie qui a entrainé la mort ».

---

[72] J jurice classeur قسم القانون المدني ، سنة 1981 ، المادة 909 مدني فرنسي ، ص 9

[73]- الشيخ احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها في الشرع الاسلامي ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد 3 ، السنة الاولى ، عام 1931 م ، ص 383.

[74]- قرار رقم 33719 ، صادر عن غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 09 جويلية 1984 ، المجلة القضائية ، عدد 3 لسنة 1989،ص 51.

[75] - قرار رقم 96675 صادر عن غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 23 نوفمبر 1993 ، المجلة القضائية عدد خاص لسنة 2001، ص 302.

بينما النص العربي لم يشترط هذا الشرط .[76]

كما نجد قرارا آخر ، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/09/24 يعرف مرض الموت كما يلي : " حيث بالرجوع إلى أوراق الدعوى ، يتبين أن الواهب مات بمرض السرطان بعد خمسة أشهر من الهبة التي صدرت منه . حيث أن المرض الذي يبطل التصرف ، هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ، و يجر إلى الموت ، و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه .

و نجد قرارا أخر صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22 جاء في حيثياته:

"..... عندما تصرف والدهم المرحوم بإجراء عقد الهبة لصالح المطعون ضدها ، كان في حالة مرض الموت ، و دلك بصحة شهادة الشهود ، كما أن النصوص الفقهية نصت على أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف موت المريض ، و يعجز هذا الأخير على رؤية مصالحه في إجراء أي تصرف ".[77]

كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/04/18 ينص في حيثياته

" بينما عقد الهبة المحرر لفائدة المدعى عليهم في الطعن ، تم يوم 1996/09/12 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد و ثلاثة و عشرون يوما عن عمر يناهز 90 عاما ، و هي حالة مرض أنهك قواها و أقعدها و أثر على مداركها العقلية ، و أدى إلى وفاتها و تحققت بذلك علاقة السببية بين المرض و الموت ". [78]

كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/07/21 ينص في حيثياته :

" حيث أنه من المتفق عليه فقها و قضاءا أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك و يتصل به الموت فعلا ، و أنه لذلك يشترط القول أن يكون الشخص قد أبرم التصرف و هو يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت ، و أن يتصل الموت بالمرض بحيث لا تفصل بين المرض و الوفاة فترة شفاء وحده" .[79]

و نجد قرار أخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 نص في حيثياته :

" لكن حيث أنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت ، أن يؤثر المرض على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف ، إذ من المعلوم بالضرورة أن مرض

---

[76] - علي علي سليمان ، ضرورة اعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 1992 ص 220.

[77]- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ملف 237858 فهرس رقم 257 بتاريخ 2000/02/22.

[78]- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية ملف 260066 بتاريخ 2001/04/18 غير منشور.

[79]- قرار صادر عن الغرفة المدنية ملف رقم 283817 فهرس رقم 682 بتاريخ 2004/07/21 .

الموت الذي يقيد تصرفات المريض ، حدد له الفقه و القضاء شروط ثلاثة و هي : أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه الموت ، و ينتهي بالموت فعلا ، و هذه العلامات مجتمعة ، و هي أمور موضوعية من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت ، و أنه يكفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها القضاة أن المريض و هو يتصرف ، كانت تقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنى ، فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة ، و لا حاجة بعد ذلك إلى البحث في خفايا نفس المريض ، لمعرفة ما إذا كان مميزا ، أو غير مميز ، لأن البحث عسيرا إذ لم يكن متعدرا. " [80]

كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23 ينص في حيثياته :

" .... أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ، ليس في محله ، ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا و بأسباب كافية ، أن الواهب تصرف في مرض الموت ، و أثبتوا بتوافر ثلاثة شروط فيه و هي : أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه الموت ، و أن ينتهي بالموت ، و قد تأكدوا من توافر الشروط الثلاثة "[81].

كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008/06/18 ينص في حيثياته :

" حيث أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض ، بحيث يشعر بدنو أجله ، و ينتهي بوفاته ، و تقدير ذلك هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ، على القضاة بيان نوع المرض ، و هل كان الهلاك فيه غالبا وقت التصرف . و قد ذكر قضاة المجلس أن الهالك كان قبل وفاته يعاني من مرض السرطان و مرض الزهايمر ، و أنه توفي بعد أن بقي مدة تحت الإنعاش ، كما أثبتته لديهم الشهادات الطبية المرفقة بالملف ، و أنه توفي بعد أربعة أشهر من إبرامه عقد الهبة ، مما استنتجوا منه أنه كان وقت التصرف في مرض الموت. " [82]

مما تقدم يتضح لنا ، أن الأساس في تحديد مرض الموت هو أن تجتمع فيه أمورا ثلاثة هي :

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.
2- أن يغلب في المرض خوف الموت .

---

[80] - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 284738 فهرس رقم 1 بتاريخ 2005/02/02 .

[81]- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 312593 بتاريخ 2005/11/23.

[82] - قرار صادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ملف رقم 418962 بتاريخ 2008/06/18 .

3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا .

و لا عبرة بأن يكون المرض هو سبب الوفاة الحقيقي عند أكثر الفقهاء ، بل إذا جاء عقب سبب آخر طارئ و كان لا يزال مريضا فانه يعتبر هذا المرض مرض موت ، و أنه يرجع في غلبة الهلاك إلى أهل الخبرة.

و نظرا للتقدم العلمي في المجال الطبي ، أصبح الأطباء بخبرتهم و طبيعة عملهم ، يستطيعون تقدير قوة تأثير المرض و امتداده .

الفرع الثالث: - شروط تحقق مرض الموت –

تبين لنا فيما تقدم أن التعاريف قد تعددت حول تحديد معنى مرض الموت وان القاسم المشترك بين معظمها هو الانطواء على ثلاثة شروط لتحقق مرض الموت أذ ان شراح القانون قد استقروا على عدم اعتبار مرض موت الا اذا توافرت هذه الشروط المتمثلة فيما يأتي :

1- ان يقُعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

2- أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت.

3- أن ينتهي ذلك المرض بالموت فعلاً خلال مدة محددة.

وسنتعرض لهذه الشروط في نقطتين نخصص اولهما لمعالجتها في الفقه الإسلامي ونكرس ثانيهما لمعالجتها في القانون الوضعي.

اولا - شروط مرض الموت في الفقه الإسلامي –

أستقر جانب كبير من الفقه الاسلامي على ان مرض الموت لا يتحقق الا باجتماع ثلاثة شروط وهي ان يقعد المريض عن قضاء مصالحه، وان يتصل بالموت أو أن يغلب وقوع الموت فيه، وان ينتهي بالموت خلال فترة محددة. وقد حددت المادة (1595) من مجلة الاحكام العدلية هذه الشروط بالنص على أن : "مرض الموت هو الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان كان من الاناث وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، صاحب فراش كان او لم يكن، وأن أمتد مرضه دائما على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، مالم يشتد مرضه وتغير

حاله، لكن لو أشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت".[83]

والواقع ان الشرطين الاول والثاني هما مناط التعليل فالحكم يدور معهما وجوداً وعدماً، وهما مبعث الدلالة على الوضع النفسي للمريض بناء على شعوره بدنو الأجل او الإشراف على الموت كما هما مبعث تصرفاته التي قد تضر بدائنيه وورثته وسنتولى بحث هذه الشروط في الفقرات الثلاث الاتية :-

1:- ان يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه :-

لا يكون المرض مرض موت الا اذا أقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، أي ان جعله عاجزاً عن العمل وعن مباشرة مصالحه العادية المألوفة على وجه الدوام أو الاستمرار، وهذا لا يعني بالضرورة ان يلزم المريض الفراش، فهو قد لا يلزمه ولكنه يكون في أي من هاتين الحالتين عاجزا عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك فان المريض اذا كان عاجزا عن قضاء مصالحه لسبب غير المرض وهو مثلا اتسام العمل بالمشقة أو الصعوبة فأن حالته لا تدخل في عداد حالات مرض الموت. [84]

ومن هنا نجد الفقه يسوق لنا المثال على ذلك قائلا بأنه مثل : "عجز الفقيه الاتيان الى المسجد او الدكان لاقامة المصالح العائدة له بالنسبة للتاجر، أما لو كان المريض محترفاً بحرفة شاقة مما لا يمكن اقامته مع ادنى مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد أو السوق لا يعتبر مريضاً مرض موت، ولا يشترط في ذلك أن يكون صاحب فراش فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه، وعلى العكس من ذلك قد يكون الانسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ولكن لا بسبب المرض فلا يعّد في مرض الموت كما في حالة احترافه الاعمال الشاقة".[85]

وقد جاء في الفتاوى الهندية : "المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الراجح".[86]

وقال السرخس:"وهو ان يكون صاحب فراش، قد أضفاه المرض فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فلا يكون فاراً، وأن كان يشتكي ويحم، لان الانسان في العادة قل ما يخلو من نوع مرض في باطنه ولا يجعل بذلك في حكم المريض. بل المريض يفارق الصحيح، في أن الصحيح يكون في السوق ويقوم بحوائجه والمريض يكون صاحب فراش في بيته وهذا اما لا

---

[83] ـ المادة 1995 من مجلة الاحكام العدلية ، المرجع السابق.
[84] ـ منير القاضي ، شرح المجلة ، ج3 ، ط1 ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1948 م ، ص 407 .
[85] ـ سليم الباز ، شرح المجلة ، ط 3 ، المطبعة الادبية ، بيروت.
[86] ـالفتاوى الهندية ، مرجع سابق ، ص 176.

يمكن الوقوف على حقيقته ويعتبر فيه السبب الظاهر، ويقام ذلك مقام المعنى الخفي تيسيراً".[87] وقد أستعرض صاحب تبيين الحقائق بأنه:"....بأن يكون صاحب فراش وهو الذي لا يقوم بحوائجه في البيت كما يعتاده الاصحاء، وان كان يقدرعلى القيام بتكلف والذي يقضي حوائجه في البيت وهو يشتكي لا يكون فاراً لان الانسان قل ما يخلو عنه".[88] وقال آخرون: " المريض من لا يقدر على أداء الصلاة جاساً، وقيل: "من لا يقدر ان يقوم الا ان يقيمه غيره"، وقيل:"من لا يقدر على المشي الا ان يتهاوى بين اثنين، وأختلفوا في المسلول والمفلوج وأمثالهما قيل ما دام يزداد ما به فهو مريض والا فهو صحيح".[89]

كما وذهب في ذلك جمهور علماء الشريعة المحدثين بقولهم:"....بأن كان يعجز عن قضاء مصالحه خارج البيت اذا كان رجلا أو داخله اذا كان امرأة، بحيث لو قدر الرجل على أقامة مصالحه في البيت كالقيام الى بيت الخلاء فلا يعتبر مريضاً اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام به. فينبغي أن يكون المراد بالعجز هو العجز عن القيام بالمصالح القريبة غير الشاقة كالخروج الى المسجد أو الدكان بالنسبة الى الجميع لانه لو كان ذا حرفة شاقة كالنجار فهذا لا يمكن للمريض القيام به، مع اقل مرض وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد".[90] وذهب آخرون بقولهم :" بأن مرض الموت هو الذي يكون المريض به عاجزاً عن القيام بمصالحه وقضاء حاجته خارج المنزل أن كان رجلاً وداخل المنزل أن كان امرأة".[91]

وخلاصة القول أن هناك كثيراً من الامراض الحديثة لا تلزم صاحبها الفراش ولا تقعده عن قضاء حوائجه مع ذلك فهي مميتة كالسرطان والايدز وغيرها من الامراض الحديثة، كما ان الصحيح قد يعجز عن قضاء مصالحه لكسر في ساقه مثلاً فلا يكون مريضاً مرض الموت هذا بالإضافة الى أن هناك حالات من تصرفات الأصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت – كما سيجيء - لاشتراكها معهُ في علة واحدة وهي غلبة الهلاك.[92]

<u>2:- ان يغلب في ذلك المرض وقوع الموت :</u>

لا يكفي في المرض الذي يعد مرض موت ان يُقعد المريض عن قضاء مصالحه وانما يشترط الى جانب ذلك ان يغلب فيه خوف الموت فيكون مرضا مخوفاً كالامراض التي تنتهي عادة بالموت او يكون مرضا بسيطا في بدايته ثم يتطور حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليها فيها من الموت .

[87]- المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، ج 6 ، مطبعة دار السعادة ، القاهرة ، 1331 هـ ، ص 169.
[88] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ،للامام فخر الدين عثمان بن علي الزيعلي ، ج 2 ، المطبعة الميرية ببولاق ، مصر ، 1313 هـ - 1315 هـ ص 248 ، واضاف الزيعلي بقوله :" ان من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض ، وان امكنه القيام بها في البيت لا ليس كل مريض يعجز عن القيام بها في البيت كالقيام للبول والغائط ونحوه ".
[89] - شرح كنز الرقائق ، للشيخ ابراهيم زين العابدين بن نجيم ، ط 1 ، ج 4 المطبعة العلمية ،1311 هـ ، ص 50.
[90] - التركة والحقوق المتعلقة بها ، للشيخ علي خفيف ، مطبعة السنة النبوية ، القاهرة ، 1953، ص 165.
[91] - احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية لمحمد زكريا البرديسي ، ط 2 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967، ص 341.
[92] - الدكتور محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، مطبعة دار الكتاب العربي ، القاهرة ، 1967، ص 341.

ويقول أبو الليث:"كونه صاحب فراش ليس بشرط كونه مريضاً مرض الموت بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت وأن كان يخرج من البيت".[93]

والحقيقة أن فقهاء الاسلام قد اتفقوا على الماهية ولكن أختلفوا في الاحكام الى هذا الحد أو ذلك في العبارة فقد قالت الحنفية:"حد مرض الموت تكلموا فيه والمختار للفتويانه اذا كان الغالب منه الموت كان المرض مرض الموت، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن".

وقالت المالكية:"بأن المرض المخوف هو ما حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب كالسل والقولنج".

وقال الامام الشافعي:"... كل مرض الاغلب منه الموت مخوفاً ... ".ونجد هنا ان الشافعية تشترط في مرض الموت أن يكون مخوفاً بمعنى أن يكون حصول الموت بسببه.

وقال الحنابلة:"لتحقق مرض الموت ينبغي تحقق فيه شرطان هما : الاول أن يتصل بمرضه الموت ولو شفى مرضه الذي تصرف فيه بعد ذلك فتصرفه كتصرف الصحيح لانه ليس بمرض الموت. والثاني أن يكون المرض مخوفاً "،فلو كان غير مخوف كالصداع ورمد العيون وغيرها فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت.

أما الزيدية فأنه: "يرى البعض منهم أن مرض الموت لابد أن يكون مخوفاً، فأذا كان غير مخوف ومات المريض بسببه فلا يعد مرض موت لان العادة لم تجرِ بحدوث الموت منهم، أما الآخرون منهم فذهبوا الى أعتباره مرض لان الموت لما اتصل به ظهرانه مرض الموت وهذا هو الأصح من الرأيين عندهم ".

ولو بحثنا عن ذلك لدى الامامية لوجدنا:"أن مرض الموت هو المرض الذي لا يؤمن معهُ من الموت غالباً. فهو مرض مخوف كالسل ونزف الدم وماشابه ذلك، وقد أستحسن بعض الامامية تعريف مرض الموت بأنه المرض الذي ينتهي به الموت سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن ".[94]

ويتبين من هذا أن الفقهاء المسلمين قد اولوا أهمية خاصة لشرطين محددين يتحقق باجتماعهما مرض الموت وهما :- الاول، أن يكون المرض مخوفاً يقُعد المريض عن قضاء حوائجه، والثاني، أن يكون المرض متصلاً بالموت، واعتبروا هذين الشرطين مناطاً للتعليل يدور معهما الحكم وجوداً وعدماً، لأن قيام هذين الشرطين أنما يدل على ان المريض في حالة نفسية يستشعر فيها دنو أجله وأنه مشرف على الموت فيتصرف على هذا الاساس تصرفات قد تضر بحقوق دائنيه وورثته، مما جعل الشارع يقيد تصرفاته التي تمس بحقوقهما ويجعل لها أحكاماً خاصة بحسب نوع التصرف وما ينتج عنه من آثار.

---

93 ـ الدكتور السنهوري ، كتاب مصادر الحق ، ج 4 ، نسبية العقد ، المجلد الثاني ، ص 197 ، دار الفكر للطباعة .

94 ـ الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ، ص 198.

والحقيقة ان اشتراط هذين الشرطين يثير ان التساؤل عما اذا كان بالامكان ان يغُني الشرط الثاني – وهوأن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت – عن الشرط الاول – وهو أن يُقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه – فذهب راي أنه يُغني، فيكفي أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجة الى قعود المريض عن قضاء مصالحه، وذهب رأي آخر الى وجوب استيفاء الشرطين معاً وجعل الاصل فيهما ان يغلب في المرض خوف الموت أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه تعتبر من العلامة المادية التي تُشعر المريض بأن المرض يهددهُ بالموت. [95]

اما شراح المجلة، فقد تمكنوا من التوفيق بين هذين الرأيين، بأن المريض إن علم ان به مرضاً مهلكاً غالباً، وهو يزداد وسيؤدي به الى الموت فهو المعتبر، وأن لم يعلم أنه مهلك كان المعتبر هو العجز عن الخروج الى قضاء مصالحه، [96]أي بالمرض الذي اقعده عن قضاء مصالحه. وقد يطرح هنا سؤال وهو لِمَ لم نجعل حالة المريض النفسية الناشئة عن الاحساس باقتراب موته ودنو أجله هي العلة في وجود مرض الموت أو عدمه، ما دامت هي السبب في أعتبار هذين الشرطين ومن ثم تقييد تصرفاته دفعاً للضرر عن دائنيه وورثته؟..

وللاجابة ينبغي التبيين أن الحالة النفسية هي أمر خفي غير ظاهر ومعرفتها في الشخص تحتاج الى بحث عسير في التفتيش عن خفايا نفسه، بالاضافة الى كونها تختلف من شخص الى آخر قوة وضعفاً مما يجعل علة الحالة النفسية غير منضبطة، [97] ولا يمكن للشارع ان يبني إحكامهُ على اوصاف خفية وغير منضبطة مثل الهم وحديث النفس ويجعلها عللاً تدور معها احكامه، لهذا أعتبر الفقهاء هذه الحالة النفسية سبباً واقاموا مقامها في التعليل مضنتها التي تُن ب يء عنها وهي ذلك الوصف أو الشرط الظاهر المنضبط ، وهو كون المرض مخوفاً وأتصاله بالموت.

<u>3:- أن ينتهي بالموت فعلاً خلال مدة محددة :</u>

اما الشرط الآخير في شروط تحقق مرض الموت فهو ان ينتهي المرض بالموت فعلاً، ولو لم يكن الموت بسبب المرض بل من حادث آخر كقتل أو حريق، وذلك ؛ لأن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو اجله وأنه لو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض، ولطبقت بحقه في أي من هاتين أحكام المريض مرض الموت وهي أحكام الوصية، التي سنبحثها بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

---

[95] ـ الدكتور السنهوري ، المرجع السابق .

[96] ـ سليم رستم الباز شرح المجلة ، ص 888، مشار اليه في الوسيط للسنهوري ، ج 4 ، فقرة 01 ، المرجع السابق ص 399،400.

[97] ـ فالمريض مرض الموت هو من كان في حالة نفسية يعتقد جازما ان الموت واقع لا محالة ويتصل بذلك الموت فعلا ، الشيخ مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 مطابع الف باء ، الاديب ، دمشق ، سوريا ، 1967 ، ص 806.

ونجد أن مجلة الاحكام العدلية تحدد فترة مرض الموت بسنة في معرض تعريفها لمرض الموت، [98] وهذا امر قد لا يقرهُ الواقع العملي والعلمي لان هناك حالات مرضية كثيرة في وقتنا الحالي تأخذ وقتاً طويلا وهناك حالات مرضية تأخذ فترة قصيرة وهذه الحالات تختلف حسب نوع كل مرض، وانه ب الرغم ان الفقه الاسلامي لم يعطِ تفصيلاً للشرط الثالث اذ انه أكتفى بشرطين كي يعد المريض مريضا مرض الموت.

واذن فالمجلة أشترطت استمرار المرض مدة سنة واحدة لكي يعد في عداد مرض الموت اما اذا تجاوز الامر ذلك المرض فلا يعد مرض الموت، واذا قيل هل تحتسب السنة على اساس التقويم الهجري أو الميلادي، فالمتبادر ان القانون في الاصل اسلامي وأن من الطبيعي أن تحسب المواعيد بالتقويم الهجري. [99]

والحقيقة أن هذا التحديد يبعد النص عن موضوعيته ودقته ويثير اشكالات عملية عديدة اذ ما اكثر الامراض الخطيرة (كمرض الايدز والسرطان والجمرة الخبيثة والسارز وأنفلونزا الطيور) التي يمتد بصاحبها العمر الى أكثر من سنة واحدة، لذا نرى ضرورة الاعتماد على الطب والعلوم في تحديد مرض الموت، فالامراض المزمنة كما رأينا قد تطول وأنها مع ذلك لا تعّد مرض موت ولكن اذا اشتدت حالة المريض وساءت حالته وانتهت بالموت فانه يعتبر مرض الموت من الوقت الذي اشتد فيه المرض. [100]

واذ نصل في خاتمة المطاف في تحقق هذه الشروط على صعيد الفقه الاسلامي نرى من المناسب ان نشير الى ان هذه الشروط مجتمعة تمثل علامات او دلائل على ما يمكن ان يساور نفس المريض او يحترم فيها من مشاعر اليأس والقنوط والاستعداد للرحيل بناءً على الشعور بٌاقتراب الاجل والمشارفة على الموت اما مسالة الجزم بأن المرض هو مرض موت فالمفروض ان تترك لأهل الخبرة والاطباء المختصين ليفصلوا فيها في ضوء تلك الدلائل او الشواهد.

[98] ـ المادة 1595 من المجلة " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره اذا كان من الذكور ....ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواؤ كان صاحب فراش او لم يكن وان امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون نصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله مات قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغير الى الوفاة مرض موت ".

[99] ـ المادة 10 من القانون المدني الاردني " تحسب المواعيد بالتقويم الشمسي مالم ينص القانون على غير ذلك " ، وان القانون المدني العراقي قد نص في المادة 9 على ان " تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي مالم ينص القانون على غير ذلك " ، وان القانون المدني العراقي قد نص في المادة 176 منه على انه :" في حساب الفوائد يكون التقويم الشمسي هو المعتبر " ، كما نص في المادة 433 منه على ان " تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالايام لا بالساعات ".

[100] ـ علي حيدر ، المرجع السابق ، ص 119.

ثانيا - شروط مرض الموت في القانون الوضعي

أن مواقف القوانين العربية والقانون الفرنسي تبدو متباينة من هذه المسالة, ولم ينص عليها بين القوانين العربية الا القانون المدني الاردني في المادة (543) منه التي أستمدت من المادة (1595) من مجلة الاحكام العدلية وهي فقه حنفي.

ولو أمعنا النظر في المادة (543) مدني أردني لوجدنا أن الشطر الاخير من الفقرة (1) منها ينص على انه:"فأن أمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة او أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح"،وهذا يعني ان امتداد مرض الانسان لسنة او اكثر لا يعد مرض موت لكن اذا أمتد لأكثر من سنة وكان مرضاً متفاقماً أو متزايداً فأنه يعد مرض موت اذا انتهى بالانسان للوفاة، فكلمة (دون أزدياد) تدل على أنه اذا ازداد المرض في الفترة التي تزيد على السنة وانتهى بالشخص الى الوفاة فان مرضه هذا يكون مرض موت وتكون تصرفاته كالمتصرف في مرض الموت وتاخذ حكم الوصية , أي انه اذا تزايد المرض مع الانسان وانتهى به الى الوفاة كان مرضه في تلك الفترة مرض موت ولو أمتد لأكثر من سنة ، وكانت تصرفاته في تلك الفترة تصرفات المريض مرض الموت وأخذت حكمهُ.[101] لأن العبرة في جعل الشخص مريضاً مرض موت أن ينتهي به الى الوفاة قبل مرور سنة من بداية المرض الى حين وفاته ولو لم يكن متفاقماً أو متزايداً أو ان يكون بعد مرور سنة أو اكثر من بداية المرض الى حين وفاته بشرط أن يكون المرض متفاقماً أو متزايداً.[102] ويجدر بالذكر أن للقضاء الأردني قرارات كثيرة في هذا الخصوص منها قرار محكمة تمييز الحقوق الأردنية مما جاء فيه:"... يشترط لاعتبار المريض مرض الموت توافر ثلاث صفات هي : العجز عن العمل, وغلبة الموت من المرض, وانتهاؤه فعلا بالوفاة، وتحديد هذه النواحي يرجع فيها إلى تقرير الطبيب المختص وما يقررهُ من شأن نوع المرض الذي يغلب فيه الموت والى ظروف كل دعوى وتقدير المحكمة".[103]

ويلاحظ على هذا الحكم أن محكمة تمييز الحقوق الاردنية لم تقيد التصرف المطعون فيه بمدة معينة مثل مدة سنة واحدة وأنها احالت تحديد هذا المرض إلى تقرير الطبيب المختص من حيث بيان نوعه وما اذا كان يغلب فيه الهلاك أم لا، وقررت هذه المحكمة في قضية أخرى: "إن المادة (1595) من المجلة تشترط لأعتبار المرض من مرض الموت ان يبقى المريض داخل بيته ويعجز عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره وهذا الشرط لم يتوفر في هذه القضية لأن البينات التي قنعت بها محكمة الموضوع أثبتت أن البائع كان حين البيع يمارس اعماله ويرعى مصالحه خارج داره طيلة السنة التي سبقت وفاته".[104]

[101] ـ الدكتور وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتية والقانون المدني الاردني ، ط 1 ، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر ، عمان ، الاردن 1987، ص 425.

[102] ـ الدكتور محمد يوسف الزعبي ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني الاردني ، ط 1 ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الاردن 2004، ص 427.

[103] ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 1982/771 ، مجلة نقابة المحامين الاردنية لسنة 1982 ، ص 425.

[104] ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 1960/87 ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، لسنة 1960 ص 90 .

كما قررت في قضية ثالثة أنه:"لكي يعتبر المرض مرض موت لابد أن تتوفر به ثلاثة شروط وهي:- 1- ان يعجز الإنسان عن متابعة اعماله المعتادة. 2- إن يغلب في هذا المرض الهلاك. 3- إن يموت الإنسان على حاله تلك قبل سنة من تأريخ المرض . وحيث ان محكمة الموضوع قد توصلت في قرارها المميز إلى ان المرحوم ابراهيم كان مريضاً مرض الموت وأن تصرفاته وبيوعه تأخذ احكام مرض الموت المنصوص عليها في القانون المدني ومن قبله مجلة الاحكام العدلية نجد أن ما توصلت اليه محكمة الموضوع واقع في محله ويتفق مع الوقائع الثابتة في اوراق هذه القضية".[105]

وحسناً فعل المشرع الاردني، كما نرى، أذ افرد المادة (1/543) من قانونه المدني لشروط تحقق مرض الموت، فلاقت هذه الشروط تطبيقاً دقيقاً من القضاء الأردني، وهذا في الواقع على خلاف الدول العربية الأخرى فالتشريعات فيها لم تعالج شروط تحقق مرض الموت فبادر إلى ذلك القضاء باجتهاداته، ومن ذلك العراق اذ أن القانون المدني العراقي لم ينص على تلك الشروط الامر الذي اضطر القضاء إلى الاجتهاد في تحديدها , وثمة قرارات كثيرة لمحكمة التمييز العراقية في هذا الخصوص ومن ذلك أنها قضت بانه:"يجب لاعتبار الشخص مريضاً مرض موت يجب ان تتوفر فيه شروط مجتمعة هي أن يعجزهُ المرض عن اداء اعماله المعتادة وأن يغلب في المرض خوف الموت وان ينتهي المرض بالموت قبل مرور سنة".[106]

ويلاحظ أن المحكمة قد اقتفت في هذا القرار اثر الفقه الاسلامي الذي أشترط لتحقق مرض الموت ان تجتمع فيه هذه الشروط الثلاثة بل أنها أكدت في قرار آخر على إجتماع الوصفين الاولين بالذات وهما ان يكون المرض مخوفا وان يتصل بالموت اذ قررت قائلة:

"ومرض الموت يجب له شرطان :- اولهما ان يتصل الموت بالمرض، وأن يكون المرض مخوفاً. والمرض المخوف كالسرطان وغيره من الامراض التي يخشى معها الموت، ولا يلزم لاعتبار المرض مرض موت ان يكون صاحبه طريح الفراش طوال مدة مرضه أو أن يعجز عن الخروج أو مباشرة اعماله العادية فالعبرة بمرض الموت هي غلبة الهلاك ولذلك فان ذهاب المريض إلى المحكمة أو إلى عيادة الطبيب لا ينفي ان مرضه مرض موت طالما توافرت فيه غلبة الهلاك ويعقبه الموت مباشرة ".

وبناءً على ما تقدم يلزم القول بأن المرض لا يعد مرض موت الا اذا تحققت هذه الشروط الثلاثة مجتمعة دون نقصان وأنه يجب على محكمة الموضوع أن تقف من خلال التحقيقات التي تجريها في القضية على هذه الشروط للتأكد من تحققها.

---

[105] ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 1998/2400 ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، لسنة 1998 ، ص 8.
[106] ـ قرار محكمة التمييز العراقية ، رقم 91 ، هيئة عامة اولى / 76 في 10-07-1976 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثالث ، السنة السابعة ص 37.

أما التقنين المدني المصري فأنه هو الآخر، كما بينا من قبل، لم ينص على شروط مرض الموت تاركاً ذلك للقضاء المصري، ومما قضت به محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص هو ان:"حالة مرض الموت مشروطة شرعاً بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك "،وان:"من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض بدنو أجله وان ينتهي بوفاته".[107]

أما بالنسبة إلى التقنين المدني الفرنسي ، فأنه قد اشترط في المادة (909) شروطاً ثلاثة مختلفة لمرض الموت ، هي:"1- العلاج 2- المرض الذي مات منه 3- المعاصرة او التزامن بين العلاج والوصية في مدة المرض الذي مات منهُ ".

ـ اما القانون المدني الجزائري فلم يحدد بصفة دقيقة شروط المريض مرض الموت الا ان القضاء الجزائري استقر على الشروط الثلاثة لمرض الموت والمتفق عليها فقها و هي :

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.
2- أن يغلب في المرض خوف الموت .
3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا .

غير أنه يؤخذ على هذا الأخير، خروجه عن الإطار الذي رسمه القانون و علماء الشريعة الإسلامية لمرض الموت ، من كونه لا يؤثر على أهلية المريض.

فباستقراء بعض قرارات المحكمة العليا ، يتضح أن قضاءها أخذ اتجاهين :

<u>الاتجاه الأول</u> : يشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يؤثر المرض على سلامة إدراك المريض ، أو ينقص من أهليته للتصرف .

<u>الاتجاه الثاني</u> : لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف ، و يكتفي بوجوب توافر شروطه الثلاثة .

فقد اتجه القضاء الجزائري الى اعتبار أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض يقتضي توافر شروط ثلاثة و هي : أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه خوف الموت ، و أن ينتهي المرض بالموت فعلا ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها ذات الصلة بموضوع مرض الموت و من ذلك قرارها الصادر بتاريخ 2004/07/21 الذي جاء في حيثياته :

" حيث أنه من المتفق عليه فقها و قضاءا ، أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك و يتصل به الموت فعلا ، و أنه لذلك يشترط القول بأن يكون الشخص قد أبرم التصرف و هو

[107] ـ الطعن 449 سنة 1929 ق ـ جلسة 30-04-1964 ، قضاء النقض المدني المصري ، مجلة نقابة المحاميين المصريين ،1964 ، ص 474.

يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت ، و أن يتصل الموت بالمرض بحيث لا تفصل بين المرض و الوفاة فترة شفاء وحده."[108]

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 جاء في حيثياته :

" ... من المعلوم بالضرورة أن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض ، حدد له الفقه و القضاء شروط ثلاثة و هي : أن يقعد المرض صاحبه على قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه الموت ، و ينتهي بالموت فعلا ، و هذه العلامات مجتمعة و هي أمور موضوعية ، من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة الشعور بأنه مشرف على الموت ، و أنه يكفي بهذه العلامات المادية ، ليستخلص منها القضاة أن المريض و هو يتصرف كانت تقوم به حالة نفسية ، هي أن أجله قد دنى ، فيفسر تصرفه على ضوء هذه الحالة " .[109]

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23 جاء فيه :

" لكن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه ليس في محله ، ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا و بأسباب كافية ، أن الواهب تصرف في مرض الموت ، و أثبتوه بتوافر ثلاثة شروط و هي أن يقعد المرض صاحبه عن قضاء مصالحه ، و أن يغلب فيه الموت ، و أن ينتهي بالموت ، و قد تأكدوا من توافر هذه الشروط الثلاث ، و من خلال التقارير الطبية و ذلك بدخوله المستشفى إثر إصابته بمرض السرطان الرئوي و اضطرابات نفسية و عصبية ، و كان يحتاج إلى مساعدة الغير لقضاء حاجاته العادية ، بسبب العجز الكلي الذي أصابه" [110]

و بخصوص المرض الذي تطول مدته عدة سنوات في الإنسان ثم تنتهي بالموت ،و هو ما يحصل في الأمراض المزمنة كالشلل و التي تعتبر من الأمراض المزمنة ، فانه يعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2004/07/21 تحت رقم 817 283 جاء فيه : " حيث أنه بالرجوع إلى الشهادة الطبية التي قدمها المستأنفان يتبين أن ما ورد فيها لا يكفي لاعتبار المرحوم (ف ع) كان مريضا مرض الموت إذ أنه يظهر منها أن المرحوم كان مصابا بمرض القلب و هو مرض درج الفقه و القضاء على عدم اعتباره من كان مصابا به ، شأنه شأن جميع الأمراض المزمنة مريض مرض الموت ، لأن هذا المرض قابل للشفاء و هو غير مانع للمريض من مباشرة أعماله في

---

108 - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 283817 فهرس رقم 682 بتاريخ 2004/07/21

109 - قرار صادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ملف رقم 284738 فهرس رقم 01 بتاريخ 2005/02/02 .

110 - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 283817 فهرس رقم 682 بتاريخ 2004/07/21

الفترات التي تتخلل النوبات و هو لا يطلب فيه الهلاك فقد يعيش صاحبه مدة طويلة دون أن تدركه الوفاة ".[111]

قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23 تحت رقم 593 312 جاء فيه

" ... و بينوا (قضاة الموضوع) أن تلك التقارير تفيد عدم إستقرار الحالة الصحية للمريض بل أخدت سيرا مستمرا بغير تحسن محسوس بل استمرت حالته الصحية في التدهور إلى أن أوصلت المريض إلى النتيجة الحتمية و هي الموت ، و أثبتوا أن هذا التصرف قد وقع من الواهب في هذه الحالة المرضية (مرض السرطان الرئوي) ، و نتيجة لذلك قد انتهوا إلى إعتبار التصرف الذي وقع من الواهب وقع منه و هو في مرض الموت ". [112]

إلى جانب الأمراض المزمنة هناك حالة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 204 من قانون الأسرة ألحقت بمرض الموت و لم يتطرق لها جل التشريعات أو الفقه الإسلامي سماها المشرع بالحالات المخفية و في ظل غياب إجتهاد قضائي في تفسير هذه الحالة يمكن القول أن قصد المشرع إنصرف إلى بعض الأمراض التي تعتبر بمجرد إصابة الإنسان بها أن تنتابه حالة نفسية تثير في نفسه الإعتقاد بدنو أجله و أن موته قريب الإحتمال كالسرطان الذي يمكن إعتباره حالة مخفية ، مما يجعل تصرفاته قابلة للإبطال بتوافر نفس الشروط الواجب توافرها في مرض الموت .

المطلب الثاني : نطاق المريض مرض الموت

من خلال هذا المطلب نعالج الحالات التي يأخذ الشخص فيها حكم المريض مرض الموت فهناك حالات فجائية قد يتعرض لها الانسان فيصبح كما لو كان مريضاً مرض الموت اذ يتصرف خلالها تصرفات قانونية تنطوي على محاباة قد تضر بالورثة والدائنين ولذلك فأن القانون قد سارع إلى حماية الورثة والدائنين من هذه التصرفات وذلك بأخضاعها إلى احكام تصرفات المريض مرض الموت أو بعبارة اخرى إلى تطبيق احكام الوصية عليها، ولذلك ذهب بعض الكتاب إلى ان كل شخص ينزل به أمر فجائي، من أي نوع، ويترتب على ذلك النزول الموت فأنه يلحق بالمريض مرض الموت في الحكم، كما يلحق به كل شخص يحيط به أي خطر يجعل موته قريب الاحتمال.[113] وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (543) من القانون المدني الاردني على أنه:"يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب في امثالها الهلاك ولو لم يكن مريضاً ".

111- قرار صادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ملف رقم 283817 بتاريخ 2004/07/21 .

112 - قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 312593 بتاريخ 2005/11/23 .

113 - الدكتور محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، ج 6 ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1950 ، ص 250.

وتجدر الاشارة ان الفقه الاسلامي قد اورد حالات يلحق فيها الصحيح حكم المريض في التصرفات فاذا وجد شخص في حالة يخُشى عليه الهلاك غالباً واتصل بها الموت فعلا ولو كان هذا الشخص معافى ليس فيه أي مرض فأن تصرفاته في هذه الحالة تكون له حكم تصرفات المريض بمرض الموت، ومن ثم فاذا لم يوجد الشخص في حالة يغلب فيها الهلاك فأنه لا يلحق بالمريض مرض الموت حتى لو مات فعلاً ، لذلك نجد فقهاء الشريعة يضعون ثلاثة ضوابط لالحاق بعض الاصحاء بالمريض مرض الموت في تصرفاتهم وهي:- 1- خوف الهلاك غالباً 2- الحالة النفسية، 3- خوف التلف.

ويميل فقهاء القانون إلى الاخذ بمعيار الحالة النفسية للمريض، بحيث يمكن القول بأن الاصحاء في مثل هذه الحالة يجدون أنفسهم وهم يترقبون الموت ويغلب عليهم اليأس على الرجاء والهلاك على النجاة وينتهي بهم الامر إلى الموت، فاذا كانت هذه هي حالهم اخذت تصرفاتهم حكم الوصية. وعلى ذلك فأن أي حالة اخرى غير المرض تجعل الانسان يعتقد بدنو اجله ويكون من شأنها أن تثير في نفسه الخوف والهلاك فتكون تصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت، ولذلك اصبح من الشائع القول بأن الشخص اذا نزل به أي أمر فجائي وترتب عليه الموت فأنه يلحق بالمريض مرض الموت في الحكم كما يلحق بهذا المريض في الحكم كل شخص احيط بهم خطر جعل موته قريب الاحتمال.[114] هذا وقد نصت المادة (1595) من مجلة الاحكام العدلية على انه : "من بارز رجلاً او قُدم ليُقتل في قصاص او رجم ....كالمريض مرض الموت

و في ضوء ما تقدم نستنتج ان هذه الحالات التي يتعرض لها الانسان فجأة فيكون كما لو كان مريضاً مرض الموت تأخذ حكم مرض الموت وكان الاجدر بالتقنينات العربية النص على ذلك صراحة كما فعل القانون المدني الاردني في الفقرة الثانية من المادة (543) منه المنصوص عليها فيما تقدم.، والواقع ان حالات تصرف الاصحاء التي لها حكم التصرفات في مرض الموت قد تكون وقائع قانونية، وقد تكون وقائع مادية، ولذا فسنخصص لكل نوع من هذه الوقائع مطلباً خاصا لمعالجته، فنعالج في الفرع الاول الوقائع القانونية ونعالج في الفرع الثاني الوقائع المادية.[115]

---

[114] ـ الدكتور سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع ، ط 4 ، مجلد اول ، مالك الكتب ، القاهرة ، 1980 ، ص 563.

[115]ـ والمقصود بالوقائع القانونية تلك الوقائع التي يترتب عليها اثر قانوني فقد تكون امرا ايجابيا او سلبيا كعمل او امتناع وقد تكون من صنه الطبيعة كنزول صاعقة تحرق المبيع ، واذا كانت من صنع الانسان تمثلت في عمل مادي كالفعل الضار الذي يترتي عليه التعويض او في عمل قانوني اتجهت فيه الارادة نحو احداث اثر قانوني ويسمى هنا العمل تصرفا قانونيا وهذا التصرف قد يكون تصرفا صادرا من جانبين وقد يكون تصرفا صادرا من جانب واحد ، والمقصود بالوقائع المادية تلك الوقائع التي تشتمل على الوقائع الطبيعية ، كالوفاة التي يتريت عليها انتقال حقوق المتوفي الى ورثته ، وتتميز الوقائع المادية بان القانون هو الذي يحدد اثارها سواء اشتركت في وجودها ارادة الشخص ام لم تشترك .

الفرع الاول:- الوقائع القانونية

وسنعالج الوقائع القانونية من خلال البحث في حالتين هما : حالة التأهب للقتال في الجيش، وحالة الحكم بالاعدام , وسنفرد لكل من هاتين الحالتين فقرة مستقلة فيما يأتي :

أولاً :- حالة التأهب للقتال في الجيش :

في هذه الحالة اذا كان المقاتل في الحرب أو في المعركة أو التحق بالجيش والتحم الفريقان في القتال وكان كل فريق مكافئاً للآخر أو مقهوراً فحكم هذا المقاتل في هذه الحالة حكم المريض مرض الموت. وقد علل بعض الفقهاء وجه الحاقه بالمريض مرض الموت بالقول:"أن توقع التلف ها هنا كتوقع المرض او اكثر, فوجب أن يلحق به، ولأن المرض انما جُعل مخوفاً لخوف صاحبه، وهذا كذلك "،وقد جاء في الفتاوى الهندية انه :"اذا كان بصف القتال فحكمهُ حكم الصحيح واذا خرج ليقتل فحكمه في تلك الحالة حكم المريض، ولو كان في مبارزة مع آخر فحكمه حكم المريض ولو عاد بعد القتال إلى المعسكر أو مدينته او بيته او عقب انتهاء المبارزة فحكمه كحكم الذي بريء وشفي من مرضه"،[116]وهذه الحالة كثيرا ما تقع فقد يخرج جيش للقتال وتكون المعركة فاصلة ومهمة ويكون إعلام العدو مؤثراً في نفوس المقاتلين ويجعلهم في حالة نفسية سيئة فتبدر منهم تصرفات اياً كان نوعها فاذا مات في القتال عُدت تصرفات مريض مرض الموت واذا عاش بعدها عُدت تصرفات صحيحة ونافذة. وكذلك حالة الخارج للمبارزة فأن التصرفات التي تصرفها قبل ذلك تعد من قبيل تصرفات المريض مرض الموت. ويذهب الدكتور السنهوري الى الاعتداد بالحالة النفسية للمريض في هذه الحالات، فالمقاتل في الحرب مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعُظم عدته تكون حاله كحال الشخص في مرض الموت فهو مثله في توقع الموت، اذ ان المقاتل هنا يتوقع القتل كتوقع الموت من المرض او أكثر ولذلك يجب ان يلحق به، [117] وهذا فيما نرى عين الصواب اذ لا فرق في الحالة النفسية بين المقاتل في حرب يتوقع فيها قتلهُ وبين مرض يخشى فيه موته.

وكذلك حالة الاسير والمحبوس اذا كان من العادة ان يقتل، فمن عادة بعض الاعداء ان يقتلوا أسراهم فاذا أسر لديهم شخص او مقاتل فانه على صعيد تصرفاته في الاسر يعد في عداد المريض مرض الموت ولكن ان استطاع الهرب فأنه يكون بحكم الذي بريء من مرضه.

وفي وقتنا الحاضر يعّد الاسير الذي يعرف عدم موته من خلال رسائله في حكم القاصر وتحجر امواله ويعين قيمّ عليها فاذا لم يعين قيمّ عليها فان مديرية رعاية القاصرين هي المسؤولة عن ادارة امواله واذا كان هناك قيمّ عينتهُ المحكمة فان هذا القيمّ يكون تحت إشراف ومتابعة مديرية رعاية القاصرين ويُقدم لها حساب عن جميع اموال هذا القاصر (الاسير) واذا كان لديه اطفال دون سن البلوغ فتكون الام هي ال وصية عليهم الت ي ت دير امواله ويسأل عنها امام دائرة رعاية القاصرين وتقوم على شؤون ابنائه. أما المفقود الذي

---

[116] ـ الفتاوى الهندية ، ج 4 ، المرجع السابق ، ص 176.

[117] ـ الدكتور السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 4 العقود التي تقع على الملكية ، مطابع دار النشر المصرية القاهرة ، 1960 ، بند 179 ص 321.

انقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته فهو حكم الاسير اذ انه محجور بأمر من المحكمة بعد ان تكون قد تأكدت من غيبته او فقدانه سواء اكان عند الاعداء ام في سفر إلى بلاد بعيدة لا توجد فيها رسائل او مواصلات او اتصالات ويبدأ حجر اموال الاسير من لحظة اعلان أسره والمفقود من تأريخ الفقدان اذا كان معلوماً او من تأريخ حكم المحكمة بذلك ويستمر ذلك إلى حين رجوع الاسير او عودة المفقود، ومن هنا فان تصرفات الاسير او المفقود لا تنفذ في امواله المحجورة طوال تلك الفترة،وان هذه التصرفات لا يكون لها حكم تصرفات المريض مرض الموت لذا فأن اعلان الاسر او الفقدان يكون بقرار اداري يصدر من وزير الداخلية او وزير الدفاع.

ثانياً :- حالة الحكم بالاعدام :

ان حالة المحكوم عليه بالاعدام هي حالة خوف سواء اريد قتله لقصاص او لغيره، فالشخص الذي يخرج لساحة الاعدام لإماتته وازهاق روحه يعد مريضاً بمرض الموت وذلك لان حالته النفسية او المعنوية في تلك الحالة تكون مُنهارة لإقباله على الهلاك. وقد جاء في الفتاوى الهندية انه لا يعد مريضاً مالم يحضر إلى ميدان القصاص ، ولابد هنا من التأكيد على هذا الجانب فالعبرة، كل العبرة، بالحالة النفسية للانسان، فمن كان محكوماً عليه بالاعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ فأن حالته النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت فاذا ما صدر عفو عنه من قبل السلطات المختصة فأنه لا يعتبر في حكم المريض مرض الموت بل يعتبر كالمريض الذي بُريء من مرضه فلا يكون للورثة في هذه الحالة حق الطعن في التصرف الذي اجراه المتصرف في ذلك الوقت ولكن للمتصرف نفسه ان يطعن في تصرفه ببطلان التصرف او بالغلط في حالة ما اذا كان المتعاقد الاخر على علم به. [118]

وقد جاء في المادة (267) من مجلة الاحكام الشرعية – وهي وفق المذهب الحنبلي – بأنه:"من يخاف عليه الهلاك غالباً كمن خرج من الصف يبارز رجلاً او قُدم للقتل من قصاص ...حكمه حكم المريض الغالب عليه الهلاك ".

ويبدو من هذا النص أن المريض في مثل هذه الاحوال يكون خائفاً خائفاً ويغلب عليه الهلاك، لذا فأن المحكوم عليه بالسجن لا يعتبر في حكم المريض بمرض الموت لانه لا يتعرض للهلاك ومن ثم فأن حالته النفسية تكون مستقرة وغير مضطربة ولا يعتبر مريضاً على الاطلاق في مثل هذه الحالة . وبناء على كل ما تقدم , فان المحكوم عليه بالاعدام عندما يُساق إلى ساحة الاعدام أو حجرة الاعدام يكون في حكم المريض في ساحة الاعدام ذاتها،[119] ولكن في خا رج ساحة الاعدام لا يعتبر كذلك أي لا يعتبر مريضاً مرض الموت في حالة ما اذا صدر عنه عفو من قبل السلطات المختصة او المعنية. وفي الهندية:"ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض وأن أُخرج ليقتل فحكمه في تلك الحال حكم المريض مرض الموت ".

[118] ـ الفتاوى الهندية ، المصدر السابق ، ص 176 ، 177.
[119] ـ الاستاذ منير القاضي ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ج 4 ، مطبعة العاني ، بغداد 1948 ، ص 118.

الفرع الثاني - الوقائع المادية

والوقائع المادية كثيرة متباينة ولكن اظهر هذه الوقائع في الوقت الحاضر يتمثل في حالتين هما الحالة التي يقع فيها وباء أو مرض فتّاك، والحالة التي يغلب فيها وقوع الموت، وسنستعرض كلاً من هاتين في فقرة مستقلة.

<u>أولاً : _ حالة وقوع وباء أو مرض فتّاك:</u>

ان الإمراض المعدية التي تنتقل من مريض إلى آخر تختلف طرق ووسائل أنتقالها من مرض إلى آخر، فمنها ما ينتقل بواسطة التنفس كأمراض الجهاز التنفسي كالأنفلونزا الرئوي، ومنها ما ينتقل بواسطة الفم كأمراض الجهاز الهظمي مثل الدوسنتاريا والتيفوئيد، ومنها ما ينتقل عن طريق المعاشرة الجنسية مثل الزهري والسيلان، ومنها ما ينتقل بطريقة الملامسة كالجدري والجذام، وبعضها ينتقل بواسطة الحقن او نقل الدم كالالتهاب الكبدي الفيروسي، او بواسطة وخز الحشرات كالملاريا التي تنقلها البعوضة او الطاعون الذي تنقله الفئران والبراغيث وغيرها، وقد يكون للمرض الواحد اكثر من وسيلة لانتقاله كالإيدز اذ تحقق انه ينتقل بالاتصال الجنسي وعن طريق الدم ومشتقاته كزراعة الأعضاء والمخدرات التي تؤخذ عن طريق الحقن . [120]

نجد ان رئيس منظمة الصحة العالمية قد أعلن بأن الع ا لم خال من الطاعون وغيرها من الامراض الفتاكة مثل الجدري والحصبة والملاريا والكوليرا لوجود علاج لتلك الامراض الا انه ظهرت امراض اخرى فتاكة لم يتوصل الطب الحديث إلى علاج لها لحد الان تُدخل المريض بها ضمن احكام المريض مرض الموت وهذه الامراض هي السرطان والايدز وايضا الحمى الحادة (التيفوئيد) وذات الجنب والاورام الخبيثة. فمرض الإيدز يُعد عامة من الإمراض الجنسية المنتشرة في العالم على نطاق واسع، إذ يُصاب ألان في كل عام أكثر من مائتين وخمسين الف حالة جديدة، وعدوى الإيدز وحدهُ أصاب خلال السنوات القليلة الماضية عدداً يُقارب أربعة عشر مليوناً من البشر، وينتظر أن يرتفع هذا العدد بحلول سنة (2002) إلى أربعين مليوناً أو يزيد، أن كلمة الإيدز مُركبة من الأحرف الأولى بالإنكليزية لأسم مرض خطير يدعى (متلازمة العوز المناعي المكتسب) وهو متلازمة أي مجموعة من الاعراض المرضية تتلازم وتتزامن، وهو مكتسب لان الإنسان يكتسبه اكتساباً بالعدوى.

[120] ـ رؤية اسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الايدز ، ص 145 مأخوذ من الانترنيت .

وبناءً على هذا فأنه يمكننا عّد المصاب بمرض الايدز في مرض الموت نظراً لتوفر مناط التعليل فيه كونه مخوفاً واتصاله بالموت. اما الفقه الاسلامي يذهب إلى ان مرض الموت هو المرض الذي يعقبهُ الموت .... ومرض الايدز يمر بمراحل وهي مرحلة الاصابة، مرحلة الكمون، مرحلة التهيج والقضاء ... وفي هذه المرحلة فقد يمكن عّده مرض موت لانه يصل إلى حد إنهاك الجسم وقتل قوة المناعة في الجسم أو ظهور امراض عصبية قاتلة بالنسبة لمرحلة الاصابة فتكون عن طريق الاتصال الجنسي او عن طريق الحُقن وغيرها، أما بالنسبة لمرحلة الكمون فهي تعتبر من المراحل المهمة حيث ان هذا الفيروس يهاجم خلايا الجهاز المناعي مما يؤدي إلى تناقص عددها شيئاً فشيئاً حتى تصل إلى المستوى ألحرجي الذي لا يستطيع معهُ الشخص المصاب مقاومة جراثيم الامراض او الخلايا الضارة مثل الخلايا السرطانية، فيحدث ما هو معروف بمرض الايدز أي الاتصاف بأعراض وعلامات مرضية ظاهرة ترافقها امراض الجراثيم الانتهازية والأورام الخبيثة. [121]والغالب ان المريض الذي يصل إلى هذه المرحلة يموت خلال فترة قصيرة قد تكون اشهراً قليلة ولا تتعدى السنتين. وكما تتنوع الامراض فأن اسبابها تتنوع أيضاً، فهناك اسباب كثيرة جداً لحدوث الامراض ولكن هناك سبب هام قلما يتحدث عنه اهل الطب، وهو ارتكاب المعاصي وتفشي الفواحش في المجتمع على ان المعاصي والفواحش لا تساهم بانتشار المرض فحسب بل أنها قد تكون سبباً في ظهور امراض جديدة غير معروفة اصلاً، فيقول الله – سبحانه وتعالى- :"***كانوا لا يتناهون عن منكر فعلوه لبئس ما كانوا يفعلون***".[122]كما أخبر النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) فقال:"... ***ولم تظهر الفاحشة في قوم قط ، حتى يُعلنوا بها، الا وفشا فيهم الطاعون والاوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا*** ".[123]

نجد في هذا الحديث النبوي الشريف انه اشار إلى مرض الطاعون فهذا المرض كان فتاكاً في عصر من العصور لانه لم يكن لهذا المرض انذاك علاج اما في وقتنا الحالي فان هذا المرض لا يعد فتاكا لوجود لقاحات مضادة لهذا المرض ولكن اذا انتشر او ظهر هذا المرض في بلد من البلدان دون إمكانية السيطرة عليه باللقاحات اللازمة لمكافحته فأن ساكن ذلك البلد المنتشر فيه المرض يمكن اصابته به اكثر من احتمال شفائه منه وبالتالي يصبح مريضاً بمرض الموت فتعتبر تصرفاته كتصرفات مريض بمرض الموت وتدخل ضمن الحالات التي يلحق بها تصرفات الاصحاء بتصرفات المريض مرض الموت.

اما الشق الثاني من الحديث النبوي الشريف وهو :"والأوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا 3،فكأنه يشير إلى قصة ظهور داء نقص المناعة المكتسب (الإيدز) والذي ظهر لأول مرة في أوائل الثمانينات الميلادية.

أن سبب فيروس الايدز هو الممارسة الجنسية، والمستفاد من غيرها أنهما سبب الانتقال دون سبب الوجود، وعلى هذا فلم يذُكر سبب وجود هذا الفيروس في كلام الاطباء، وذلك لعدم

[121] ـ رؤية اسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الايدز ، المرجع السابق ، ص 523،524.

[122] ـ سورة المائدة الاية 79.

[123] ـ سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، رقم الحديث 4019 ، سلسلة الاحاديث الصحيحة ، مأخوذ من الانترنت.

علمهم به حتى الان. لذا فأن مرض الايدز يسببهُ فيروس وهو كائن دقيق لا يُرى الا بالمجهر الالكتروني يطلق عليه أسم (فيرو س العوز المناعي البشري) وهو ينتقل من الانسان إلى الانسان بواسطة سوائل البدن التي تحتوي عليه (المني وسوائل عنق الرحم وسائل المهبلي والدم) ،فيتبين ان المصاب بهذا المرض عندما يشعر بدنو اجله ومصيره المحتوم فلا تكون للاموال عنده قيمة تذكر فيتصرف بها أضرار ً ا بورثته او دائنيه ومثل هذا التصرف يكون محل الطعن بمرض الموت، كما ان هناك حالات أخرى من الامراض غير الامراض المعدية والفتاكة وهي الامراض المزمنة او الممتدة، وهي التي يطول بها المدى وتستمر زمناً طويلاً، وقد لا يرجى بر ؤو ه، ولا يمنع المريض عن مزاولة نشاطه العادي، او يمنعه من المشي والحركة، فاذا وقع الشخص في مرض مزمن كان حكمهُ حكم الصحيح في جميع تصرفاته، لأن ذلك المرض اذا طال لا يخشى منه الموت غالباً، فلم يكن مرض الموت، الا اذا تغير حالهُ وأشتد وخيف منه الهلاك، فيكون حال التغير مرض الموت إن اتصل بالموت. والذي يترتب عليه احكام نخصص لها الفصل الثاني محلاً لبحثها. وبهذا المعنى قال الكاساني:"وكذلك صاحب الفالج ونحوه اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طال لايخاف منه الموت غالبا ، فلم يكن مرض الموت ، الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير ، فيكون حال التغير مرض الموت ، لانه اذا تغير يخشى منه الموت غالبا ، فيكون مرض الموت ، وكذا المرض المزمن والمقعد ".

ويرجع في معرفة كون التغير مخوفاً الى الاطباء العارفين بالأمراض فأن لم يتوفر، فيعتبر موته قبل مضي سنة على اشتداد مرضه علامة على كونه مخوفاً ومرض موت. [124]

وقد ذهب الفقهاء المسلم ون الى ان المريض بمرض مزمن تجب عليه صلاة الجمعة اذا وجد من يحملهُ الى المسجد، أما الحنفية فلم يوجبوها عليه لان في وجوبها عندهم صحة البدن، وفي الحج ذهب الشافعية والحنابلة وصاحبا ابي حنيفة الى أن من به مرض بنفسه وهو قادر بالمال، أنه يوكل من يحج عنه لانه مستطيع بغيره، وذهب المالكية وابو حنيفة في رواية والصاحبان في رواية أخرى عنهما الى أن المريض المزمن لا يجب عليه الحج وأن ملك من الزاد والراحلة الاحجاج بماله.

ويرى الجمهور عدم جواز قتل المريض بمرض مزمن حتى وان كان من الاعداء، الا اذا شارك في القتال ومعنياً بالرأي والطاعة والتحريض واشباه ذلك، وذهب الشافعية الى جواز قتله، استناداً لقوله تعالى:"فأذا أنسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم".[125]

---

[124] ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين ابي بكر الكاساني ، المصدر السابق ، ص 101.

[125] ـ سورة التوبة / الاية 5 ، تفسير السورة هي " فاذا انقضت او خرجت اشهر الامام الاربعة المذكورة " فاقتلوا المشركين " وسميت حرما لانه سبحانه وتعالى جعلها مدة امان لهم يحرم قتالهم فيها ، " واحصروهم " احبسوهم او ضيقوا عليهم وامنعوهم من التصرف في البلاد ، " واقعدوا لهم كل مرصد " ، أي في طريق يجتازون منه في اسفارهم حتى تأخذوهم من أي وجهة توجهوا ، والرصد ، الموضع الذي يرقب فيه العدو ". صفوة البيان لمعاني القران ، للشيخ حسنين محمد مخلوف ، مأخوذ من الانترنيت .

ثانيا :- حالة يغلب فيها وقوع الموت :-

فضلا عن هذه الحالات الثلاث التي سبق وان ذكرناها، هناك حالات اخرى كثيرة تلحق بالمريض مرض الموت وتأخذ تصرفاته، فمتى كان في حالة يغلب فيها الهلاك يعد مريضا مرض الموت وتطبق عليه احكام الموت ف تخضع امواله لاحكام الوصية بحيث تخرج الوصية من التركة اذا لم تتجاوز ثلث التركة ويوزع الباقي بين الورثة اما اذا جاوزت الوصية ثلث التركة فيجب اجازة الورثة لهذه الوصية . ومن هذه الحالات التي يغلب فيها وقوع الموت هي حالة الغرق في سفينة تلاطمت عليها الامواج، حيث نصت المادة (267) من مجلة الاحكام الشرعية على انه:".... او خاف الغرق في سفينة تلاطمت عليها الامواج"،فهنا في هذه العبارة يأخذ حكم المريض مرض الموت حسب رأي الفقهاء المسلمين، فاذا ركب البحر، وكان ساكنا فليس بخوف، وان تموج البحر واضطرب وهبت الريح العاصفة وخيف الغرق فهو مخوف ؛ لان السفينة في مثل هذه الحالة معرضة للغرق فيكون الاشخاص او البحارة الذين يكونون في داخلها معرضين للغرق ومن ثم يكون الاشخاص في حالة خطرة ف يجري هؤلاء الاشخاص تصرفات تكون قد صدرت من مريض مرض الموت. فاذا ركب البحر وكان هائجا وبقي الشخص على خشبة السفينة او على خشبة منها بعد غرقها فحكمه حكم المريض، ولكن لو كان في السفينة والبحر هادئ غير مضطرب فحكمه حكم الصحيح، واذا هاج الموج من جديد فحكمه في تلك الحالة حكم المريض واذا سكن الموج مرة اخرى يصبح حكمه حكم المريض الذي بريء من مرضه فتنفذ تصرفاته من جميع ماله. هذه الحالة تشبه الى حد ما حالة الحكم بالاعدام ولكنها تختلف من حيث النوع, فنجد أنها تتشابه من حيث الحالة النفسية للمحكوم عليه بالاعدام فالشخص الذي يكون على وشك الغرق نجد حالته النفسية مضطربة وبالتالي يعتبر في حكم المريض مرض الموت لان هذه الحالة يغلب فيها الهلاك، وتختلف من حيث ان الشخص يكون محكوما عليه بالقتل أما الشخص الآخر فلا يكون محكوما عليه. وهناك حالة اخرى وهي حالة المرأة الحامل وقت بدء الطلق بها، فتعتبر التصرفات التي تصدر في تلك الحالة هي تصرفات مريض مرض الموت، فالمرأة اذا اخذها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وان سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله، وهذا اجتهاد بناه الفقهاء على الاحوال القديمة التي كانت سائدة في زمانهم قبل تقدم طب النساء والولادة في العصر الحديث، هذا وهناك حالة اخرى وهي حالة من به مرض يشتكي منه وهي ما تسمى بالامراض المزمنة (كالضغط وغيرها) فهذه تعتبر امراضا غير مخوفة ولكن تعتبر امراضا مخوف ة متى ما اشتد المرض، وفي رد المحتار ع لى الاسماعيلية على من به مرض يشتكي منه وفي كثير من الاوقات يخرج الى السوق ويقضي مصالحه لا يكون مريضا مرض الموت وتعتبر تبرعاته من كل ماله، واذا باع لوارثه او وهبه لا يتوقف على اجازة باقي الورثة. [126]

[126] ـ الدكتور محمد كامل مرسي ، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري وفي القوانين الاجنبية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1950، ص 236 .

فضلاً عن حالة المرض المزمن، هناك حالة اخرى اشارت اليها مجلة الاحكام العدلية وقد ذكرت في شروح المجلة:"حالة الشخص الذي يفترسه السبع ويكون في فم السبع فهو في حكم المريض مرض الموت "،فاذا افترسه سبع وبقى في فيه فهو في حكم المريض، اما لو تركه فهو صحيح، ما لم يجرحه جرحاً يخاف منه الهلاك غالباً. وذلك ؛ لانه لو تصرف بامواله اضراراً بورثته او دائنيه فأن تصرفه يكون محكوماً بقواعد مرض الموت، حيث يرد القانون قصده عليه، فلا يقيم لتصرفاته وزنا ومن ثم لا يعدها سارية في حق الدائنين والورثة. [127]

وفي الوقت الحاضر استجدت حالات اخرى لم تكن في العصر الماضي مثل حالة المسافر في مركبة فضائية او في غواصة بحرية او على متن طائرة مدنية او فوق برج عال او داخل مصعد في بناية مرتفعة او متسلق الجبال، ففي هذه الحالات يكون الشخص بحكم الصحيح ولكن اذا ظهر عطل مهم يؤدي الى عطل المركبة الفضائية او القمر الصناعي او انفجار الخزانات في الغواصة او اصابتها بصاروخ أتلف محركاتها او ان الطائرة اصيبت بعطل كبير او اذا اهتز البرج اهتزازات قوية وتحطم اجزاء مهمة منه كالدعامات الاساسية فيه من جراء حدوث زلزال، او انقطع حبل متسلق الجبال، او من كان في وسط حريق، او من عقد نيته على الانتحار، ففي تلك الحالات وما يشابهها يكون الشخص في حكم المريض مرض الموت اما اذا تم انقاذه من الموت فيكون حكمه كحكم الذي شفي او بريء من المرض.

وفي ضوء ما تقدم، نرى من كل ذلك ان الضابط الكلي للمرض الذي يكون تصرفه فيه مورد نزاع هو المرض الذي يتسبب عنه الموت سواء كان مخوفاً بحد ذاته أم غير مخوف، فالمهم هنا ان تكون شخصية المريض في حالة نفسية مشابهة لتلك الحالات أي ان تكون في نفس حالة الشخص النفسية او المعنوية لمريض مرض الموت، وعلى العموم فقد اتفق فقهاء الفقه الغربي والاسلامي على ايجاد ضوابط مادية يخضع لها ذلك المرض والحالات المشابهة لها وهي شروط ثلاثة يجب توافرها لكي يعد الانسان مريضا مرض الموت، وهذا ما تكلمنا عنه في المبحث السابق، فمتى كان الانسان في وضع يغلب فيه الهلاك في كل تلك الحالات فيكون تصرفه قد صدر منه وهو مريض بمرض الموت. [128]

موقف القوانين المقارنة :

يلحق بعض الاصحاء بالمريض مرض الموت في تصرفاتهم، اذا كان هؤلاء الاصحاء في حالة يخاف غالباً عليهم الهلاك فيها، فكل شيء يقربه الى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت، لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء. ولقد ذكرنا في الفقه الاسلامي هذه الحالات بالتفصيل وهي: حالة المحكوم عليه بعقوبة الاعدام، وحالة الاسير عند من يعُرف عنهم قتل الاسرى، وحالة ركوب البحر وإشراف السفينة على الغرق، وحالة من كان في وسط حريق، وحالة المقاتل في المعركة، وحالة من عقد نيته على

127 ـ الدكتور محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص237.

128 ـ محمد زيد الابياني ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مكتبة دار النهضة ، ج 2 ، بيروت ، 1920 ، ص 316.

الانتحار, وحالة المرأة الحامل اذا ضربها الطلق :- وهذا اجتهاد بناه الفقهاء على الاحوال القديمة التي كانت سائدة في زمانهم قبل تقدم طب النساء والولادة ولم يبق لهذا من أثر في العصر الحديث, وحالة ما اذا افترسه سبع وبقى في فيه فهو في حكم المريض. [129]

من خلال ما تقدم نرى ان الفقه الاسلامي قد نص على هذه الحالات من خلال مجلة الاحكام العدلية, ومجلة الاحكام الشرعية, ومن ثم نجد ان القوانين العربية ما استند ا ليها بشكل مباشر من خلال النص عليه في صلب قوانينهُ ومنها ما ترك ذلك للاجتهادات القضائية. [130]

فقد عد التقنين المدني الاردني في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالانسان فيها خطر الموت, فنصت الفقرة الثانية من المادة (543) من التقنين المدني الاردني:"يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالانسان فيها خطر الموت ويغلب في امثالها الهلاك ولم يكن مريضاً "،حيث اخذ حكم هذه المادة من الفقه الحنفي كما يتبين من مراجعة الدر المختار ورد المحتار. والمواد (393) و (1595) من المجلة وهي تقابل المادة (444) من المشروع الاردني. [131] كما قضت محكمة تمييز الحقوق على:"لا يشترط لبطلان التصرفات التي يجريها من كان في مرض الموت ان يكون المريض فاقد الاهلية بالمعنى المنصوص عليه في المادة (116) مدني اردني بل يكفي لابطال تصرفاته ان يكون في مرض الموت بالمعنى المنصوص عليه في المادة (543) مدني اردني بان اصبح عاجزا عن ممارسة اعماله المعتادة". [132]

أما بالنسبة للتقنين المدني العراقي فلم يرد فيه نص صريح يوضح هذه المسالة, لذا فانه احالها الى الاجتهادات القضائية, فعلى صعيد الامراض المزمنة انها اذا طالت اكثر من سنة ولم يشتد فلا تعتبر مرض موت, ولكن لو اشتد المرض وتغير حال المريض ومات قبل مضي سنة يعد حاله ابتداء اً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز انه:"ان الشلل لا يعتبر مرض موت وان الزم صاحبه الفراش وطالت مدته ما دام لا يشكل خطرا داهما على حياة المصاب به فاذا اشتد واصبحت حالة المريض بسببه تنذر بدنو الاجل واستمرار المرض والاشتداد حتى انتهى بالوفاة قبل مرور سنة من الوقت الذي اشتد فيه لا من تاريخ الاصابة"،[133] ويرجح فقهاء القانون الاخذ بالحالة النفسية, (بعدها ضابطا لالحاق حالات مختلفة ليس فيها مرض اطلاقا بالمريض مرض الموت في الحكم وهم الاصحاء الذين يكونون بحال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء والهلاك على النجاة وينتهي بهم الامر الى الموت, فأية حالة اخرى

---

[129] ـ الدكتور محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 235.

[130] ـ المادة 292 من مجلة الاحكام الشرعية التي تنص : " ان من قدم للقتل او حبس لاجله او كان ببلد انتشر فيه الطاعون عند تكافؤ الطائفتين او كان من الطائفة المقهورة ، حكمه حكم المريض مرضا مخوفا " ، المادة 930 منه التي تنص " الاسير لدى العدو الذي من عادته القتل ، والجريح جرحا دمويا ، والحامل عند المخاض مع الالم حتى تنجو من نفاسها في حكم المريض مرضا مخوفا".

[131] ـ قرار محكمة التمييز الحقوق الاردنية ، رقم 165 /1984 ، مجلة نقابة المحاميين الاردني ، لسنة 1984 ، ص 710 ، حيث تنص المادة 116 مدني اردني " كل شخص اهل للتعاقد مالم تسلب اهليته او يحد منه بحكم القانون ".

[132] ـ قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 1338 / مدنية ثانية / 1975 في 03 - 11 - 1975 ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة السادسة ، 1975 ، ص 54.

[133] ـ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 320 .

غير المرض تجعل الانسان يعتقد بدنو اجله يكون من شانها ان تثير في نفسه هذه الحالات بالذات وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض, ولذلك ذهب البعض الى ان كل من ينزل به أي امر فجائي يترتب عليه الموت فانه يلحق بالمريض مرض الموت في الحكم.

أما بالنسبة للتقنين المدني المصري فلم يتطرق هو الآخر في قوانينه لهذه المسائل فنجده قد سكت عن بيان ذلك, لذلك نجده انه يقترب كثيرا الى ما ذهب اليه المشرع العراقي من ترك هذه المسألة للفقه الاسلامي والاجتهاد القضائي, ومن ثم ابرز بعض فقهاء القانون الامراض التي تلحق بمرض الموت والامراض التي لا تلحق بها فمثلاً نجد انه ابرز صورا مختلفة للامراض المزمنة وموقف القضاء المصري فيها منها :- السل, السرطان, الربو, تصلب الشرايين, البول السكري, احتباس البول وتضخم البروستاتا, الضعف الشيخوخي والفتق المزمن, الشيخوخة, والطاعون.[134]

والراجح في تلك الامراض انها ليست في حقيتقها امراض موت وانما اذا تفاقمت واشتدت وطأتها فانها تكون قد دخلت في طور جديد وبالتالي تعتبر مرض موت من تاريخ مضاعفتها عدا الشيخوخة فهي في ذاتها ليست مرض موت مهما كان الشخص طاعنا في السن. وقضت محكمة النقض المصرية بأنه:"اذا استطال المرض لاكثر من سنة فلا يعد مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم براءة صاحبه منه, وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت الا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها اذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة "كما قضت بانه:"اذا غلب حال المتصرف الهلاك بمرض او غيره كالمبارزة فأنه كالمريض مرض الموت في الحكم".[135]

أما بالنسبة للتقنين المدني الفرنسي فانه اعتبر مرض الموت مسألة حدث واقع ولم يلحق حالات اخرى بمرض الموت (Derniere malade) في الحكم, أما القضاء في فرنسا فلا توجد لديه احكاما لالحاق بعض الحالات من الاصحاء بالمريض في مرضه الاخير (مرض الموت) وذلك يرجع إلى صعوبة تحديد مرض الموت حيث توجد لدى القضاء الفرنسي احكامٌ تعبر عن مدى صعوبة التحديد الحاسم لمرض الموت .[136]

[134] ـ الدكتور محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص 290.

[135] ـ محكمة النقض المصرية رقم 10 في 21-04-1955 ، نقابة المحاميين المصرية ، لسنة 1955، ص 957 ، وبنفس المعنى قرار محكمة النقض المصرية رقم 05 ، في 08-05-1952. نقابة المحامين المصرية ، لسنة 1955 ، ص 956.

[136] - Series classeur civil art : 909 – C , civil , Donation et testament . 1981 –P14-15 .

اما بالنسبة للقانون المدني الجزائري :

فنجد ان المشرع الجزائري نص في المادة 204 من قانون الاسرة على الحالات المخيفة ، ورغم غياب الاجتهاد القضائي في هذه المسألة، ومثال ذلك السرطان الذي يمكن اعتباره حالة مخيفة ,فمجرد سماع الشخص بإصابته بالمرض، تنتابه حالة نفسية تثير في نفسه الاعتقاد بدنو أجله وموته قريب الاحتمال، ومما يجعل تصرفاته قابلة للإبطال، بتوافر نفس الشروط الواجب توافرها في مرض الموت والسابق شرحها.

كما يعتبر فقر الدم من الحالات المخيفة، وذلك حسب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ:2005/06/15 الذي جاء في إحدى حيثياته : "حيث أن النفقة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 2001/06/20 هي توجيه قضاة الموضوع إلى التحقيق والتوضيح ما إذا كان الواهب، يعاني فعلا من مرض من الأمراض أو الحالات المخيفة المنصوص عليها بالمادة 204 من قانون الأسرة، وهذا ما قام به قضاة المجلس بناءا على دراسة الوثائق والشهادات الطبية المقدمة بالملف، والتي تثبت مرض مورث الأطراف الذي كان يعاني من مرض خطير، وهو مرض فقر الدم مرض خطير كون مورث الأطراف كان مريضا أثناء الفترة القصيرة التي عاشها بين تاريخ إبرام العقدين الذي يمكن اعتباره وتاريخ وفاته بحيث لا تتعدى السنتين، وكان يصارع الموت فيها وبالتالي، ومادام الشهادات الطبية والوثائق المقدمة لقضاة المجلس، تثبت الحالة المخيفة التي كان يعاني منها الواهب..."[137]

هناك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ:2005/06/15 : قضية ورثة المرحوم *ق.م* ضد: *س.ح* :

مرض الموت – هبة- تحريرها في فترة المرض – قبولها لا – اعتبارها وصية – نعم.

---

[137] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ: 2005/06/15 رقم الملف 327856 فهرس رقم: 414 – غير منشور

المبدأ : متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف، الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع، أن يبطلوا عقد الهبة

المذكور ويعتبرونه عقد وصية[138]، وعليه فانه هناك عدة قرارات التي أشارت إلى الحالات المخيفة دون شرحها، أو إعطاء أمثلة عنها.

[138] قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ:2006/06/15 ملف رقم 318410 –نشرة القضاة العدد 59 .

*المبحث الثاني *

-إثبات مرض الموت ومدى تأثيره على تصرفات المريض –

وتتم دراسة هذا المبحث وفقا لنقطتين اساسيتين فالنقطة الاولى خصصتها لاثبات مرض الموت ومن ثم توضيح الاهمية التي تكمن في حماية الورثة والدائنين ، اما النقطة الثانية فقد تناولت فيها مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض مرض الموت من خلال تبيان مدى اعتبار مرض الموت عارض من عوارض الاهلية من عدمه والتطرق في هذا الشأن لموقف الفقة الاسلامي والتركيز على موقف القضاء الجزائري من خلال استقراء بعض قراراته التي اظهرت اتجاهات مختلفة .

المطلب الاول : اثبات مرض الموت

تظهر أهمية إثبات مرض الموت في حماية دائني وورثة المريض مرض الموت وفي حماية الموصى له، واثبات مرض الموت من اكثر الموضوعات القانونية تطبيقا وأكثرها حيوية ، وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف لمرض الموت في القنون المدني الجزائري الا انه اوجز تنظيم مرض الموت وفق القواعد العامة من حيث ان مرض الموت واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهادة , والقرائن فقد نصت المادة 776 فقرة 02 من القانون المدني " وعلى ورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا "، واكثر ما يثبت به مرض الموت هو الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في اواخر ايام حياته كذلك يثبت بشهادة الشهود سواء انصبت على بيان حالة المريض في ايامه الاخيرة او على تصرفه المطعون فيه بمرض الموت ، ولا يخفى ان عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة في الاثبات يقع على من يدعي ان المريض كان في حالة مرض موت قبل موته أو على من له مصلحة في الطعن ويطعن في التصرف بصدوره في مرض الموت .[139]

[139] ـ الدكتور محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، بند 255، ص 292.

وعليه سنعالج إثبات مرض الموت في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مخصصين لهذا الإثبات مطلبا أولا في الفقه الإسلامي ومطلباً ثانياً في القانون الوضعي .

الفرع الاول :- إثبات مرض الموت في الفقه الاسلامي

إذا ما تحققت شروط مرض الموت الثلاثة التي سبق لنا بحثها اعتبر واقعة مادية يجوز اثباتها بطرق الاثبات كافة ومنها البينة والقرائن ، واكثر ما يثبت ذلك بالبينة الشخصية

(اي الشهود) الدالة على حالة المريض في اواخر أيامه ، وبتقص حياة المريض في ايامه الاخيرة ,[140] واذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته كأن ادعوا انه وهب احد دائنيه او ورثته ماله او ابرأ ذمته من مال له عليه ، أو اقر له بمال معين وهو مريض وما اشبه ذلك، ولم يجيزوها ، وادعى الشخص المتصرف له ان هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته ، فانه ينبغي التفريق هنا بين ما اذا خلت دعوى كل من الطرفين من البينة ، وبين ما اذا اقترنت بالبينة ، وبين ما اذا اقترنت دعوى احدهما بالبينة دون الاخر وكما يلي :-

أولا :- إذا خلت دعوى كل منهما من البينة :-

قالت الحنفية، [141]والحنابلة : القول قول مدعي صدورها في المرض؛ لان حال المرض اقرب من حال الصحة , فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الاقرب ولان هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة والحادث يضاف الى اقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه, والاقرب هنا هو المرض المتاخر زمانه عن زمان الصحة ،فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض , اذ هو الاصل , فاذا اراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض كان له ذلك .

وقيل بأنه : "واذا مات الرجل , فقالت امراته : قد كان طلقني ثلاثا في مرض موته ومات وانا في العدة , ولي ميراث , وقال الورثة : طلقك في صحته ولا ميراث لك فالقول لها".

وذهبت الشافعية والزيدية , وجمع من الامامية : "القول قول مدعي صدورها في الصحة , لان الاصل في التصرف السابق من المتوفى ان يعد صادرا في حال صحته , وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الاثبات "،اي على الورثة او الدائنين .

---

[140] ـ يطعن الورثة بتصرفات مورثهم كون ان التصرف قد صدر في مرض الموت لما في التصرف من محاباة كأن يتصرف المريض بامواله بالبيع او الهبة او يوصي الى شخص معين وغيرها من التصرفات .
[141] ـ الفتاوى الهندية ، ج 1 ، المصدر السابق ، ص 464.

ثانيا:- إذا اقترنت دعوى كل منهما بالبينة :-

ذهبت الحنفية إلى انه, ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض إذ أن الأصل لديهم في الأدلة أن الأصل اعتبار حال المرض , اي افتراض ان سبب الوفاة هو المرض , والمرض حادث والاصل اضافة الحادث الى اقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه وهذا هو تعليل الراي عندهم , والاقرب الى الصواب هو المرض المتاخر زمانه عن الصحة , فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي حدوثها في زمان الصحة , اذ البينات شرعت لاثبات خلاف الأصل. ومن هنا قالوا إذا : "اقر لوارثه ثم مات , واختلف المقر له

مع الورثة , فقال : كان في الصحة وصح , والورثة قالوا : كان في المرض , فالقول للورثة , وان برهنا فبينة المقر له الاولى , وان لم يكن بينة , فله ان يحلف الورثة". وقد بين بعض الفقهاء بالقول: "ادعت امراة ان زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها الميراث , وادعى الورثة ان الطلاق كان في الصحة , فالقول لها , وان برهنا ووقتنا وقتا واحدا , فبينة الورثة على طلاقها في الصحة اولى"،وقالت الشافعية : "ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته". [142]

ولعل مما يجدر بالإشارة أن مجلة الأحكام العدلية تنص على انه: "ترجح بينة الصحة على بينة المرض , مثلا : اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات , وادعى باقي الورثة انه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته , ترجح بينة الموهوب له".[143]

ثالثا :- إذا اقترنت دعوى احدهما بالبينة دون الاخر :-

لا خلاف بين الفقهاء في هذه الحالة في تقديم قول المدعي صاحب البينة على قول الاخر الذي خلت دعواه عن البينة سواء اقام صاحب البينة بينته على صدور التصرف في الصحة او في المرض .

[142]- الفتاوى الهندية المرجع السابق ص 465.
[143] - المادة 1766 منها.

الفرع الثاني :-إثبات مرض الموت في القانون الوضعي

شرعت أدلة الإثبات لحماية الحقوق بصفة عامة , لان الحق يتجرد من قوته اذا لم يقم الدليل على ثبوته , واثبات مرض الموت كما أسلفنا من أكثر الموضوعات القانونية تطبيقا وأكثرها حيوية , فالوارث او الدائن هو الذي يتضرر غالبا من تصرفات المريض مرض الموت , لذلك فان المكلف باثبات المرض هو الوارث او صاحب المصلحة الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ويطلب عدم نفاذه لانه مدع، ولعل من المفيد هنا العودة إلى ما نوهنا به سابقا فمرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات, ومنها البينة والقرائن والشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في اواخر حياته وكذلك بشهادات الشهود حول وضعية المريض في ايامه الاخيرة التي اعقبها الموت, ويقع عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة في الاثبات على المدعي وعلى الورثة او الدائنين او من له مصلحة في الطعن فلهؤلاء أن يطعنوا بالتصرف بصدوره في مرض الموت . [144]

ولعل من المناسب أن نسلط الضوء على إثبات مرض الموت في ظل القوانين آلاتية :-

أولا :- القانون المدني الأردني :

نجد أن القانون المدني الأردني قد نص على ذلك في المادة(1128) منه بفقرتيها الثانية والثالثة , ومن خلال هذه المادة نجد ان المشرع الاردني قد قصد من ذلك حماية حقوق الدائنين او الورثة او من له مصلحة في ذلك من التصرفات الضارة بحقهم من مثل الموصى لهم بحصة شائعة او بحق محدد في التركة , وبذلك فانه نص على ان التصرف في مرض الموت يعد قرينة على انه صدر على سبيل التبرع ،ولكن قد تكون هناك صعوبة في الاثبات في بعض الاحيان فنجد ان المشرع قد نص على قرينة لصالح من يقع عليه عبء الاثبات ليخفف عنه هذا العبء ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (288) من التقنين المدني الاردني . [145]

144- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 321.

145 - الدكتور مفلح عودة القضاة ، البيانات في المواد المدنية والتجارية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 1990 ، ص 196.

كما نجد ان القضاء الاردني قد اجتهد هو الاخر فيما يتعلق باثبات مرض الموت من عدمه فكانت هناك أحكام كثيرة لاجتهاده في تحديد مرض الموت , فنجد ان محكمة تمييز الحقوق الاردنية قد قررت : "من حق محكمة الاستئناف وهي محكمة الموضوع ان تستنتج من البينة المقدمة خلاف ما استنتجته محكمة البداية وقنعت به دون ان تكون ملزمة باعادة استماع البينة ,ان وجود السند في حوزة المميز ضدها دليل كاف على ان المورث كان في حال حياته قد سلمه اليها وتقع البينة على خلاف ذلك على عاتق المميز . ان تمسك فريق بصورية العقد يمنعه من الادعاء بانه حرر في مرض الموت "،كما قضت أيضا بانه: "فان ثبوت مرض الموت المميز لم يتزايد الا قبل سنة ونصف من وفاته وبعد تحرير سند الدين المصدق من كاتب العدل قبل سنة وتسعة اشهر من وفاته يجعل من تصرفه هذا كتصرف الصحيح ولا يلحقه البطلان "،وقضت أيضا: "وحيث ان محكمة الاستئناف انتهت بحكم صلاحيتها في تقرير ووزن البينة الى ان المدعين لم يثبتوا ابتداء أن المتوفى حين قيامه ببيع العقار موضوع الدعوى كان مريضا مرض الموت فان ما انتهى إليه القرار المميز أن حكم مورث الفريقين حكم الصحيح وان تصرفه صحيح ومعتبر يتفق وحكم القانون".[146]

<u>انيا :- القانون المدني العراقي :</u>

وفي العراق , نجد أن القانون المدني العراقي قد خلا من أي نص يشير إلى إثبات مرض الموت فترك ذلك إلى القواعد العامة في الإثبات , إذ لا يمكن إثبات المرض من خلال العلامات الظاهرة دون الاستناد والاستعانة برأي الخبراء وهذا ما أشار إليه قانون الإثبات العراقي النافذ, وقد تعزز ذلك بالرجوع إلى قرارات محكمة التمييز العراقية ومن ذلك أنها قضت في 1982/10/10 بأنه : "إذا بين الخبراء أن مرضا معينا يمكن أن يعيش المصاب به سنوات عديدة كما يمكن أن يموت من جرائه خلال فترة قصيرة فان تصرف الشخص خلال هذا المرض لا يعتبر تصرفا إثناء مرض الموت ".

ولدى النظر في قرار محكمة التمييز العراقية يتبين لنا أن المقصود بالخبراء هم الأطباء لان الطبيب هو الذي يشخص حالة المريض وهو يعرف بالمحصلة النهائية ما يؤول إليه هذا المرض كأن يشخص الطبيب بان المريض مصاب بالإيدز ويعطي الطبيب تقريرا للمحكمة بان المريض سيمر بمراحل هذا المرض ومن ثم يموت من جراء هذا المرض سواء أكان في فترة قصيرة أو طويلة حسب نوع المرض.

ومما قضت به هذه المحكمة كذلك هو أنه : "إذا كانت معاملة الهبة قد ثبتت أمام موظف التسجيل العقاري (الطابو) بمستند تحريري فهي سليمة في الظاهر وعلى المدعي إثبات كون الواهب مريضا مرض الموت إثناء الهبة لحد ثلث التركة في الموهوب وتبطلها بالنسبة للباقي ".

---

[146] ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 23-1965 ، مجلة نقابة المحامين الاردنية لسنة 1965 ، ص 69.
ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 198- 1990 ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، لسنة 1990 ، ص 842.
ـ قرار محكمة تمييز الحقوق الاردنية ، رقم 878 ـ 1999، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، لسنة 1999، ص 996.

هذا ونجد أن القضاء العراقي قد اجتهد في هذه المسالة من حيث اعتماده على القرائن ومن أمثلة تلك القرائن ابرام المريض لعقد البيع بصورة سرية وعدم تسجيله إلا قبيل الوفاة ولو كان تاريخ تحريره قبل ذلك , ويبقى للخبرة الدور الأكبر في مجال الإثبات وعليه نجد أن هناك قرارات لمحكمة التمييز العراقية في تأكيد إثبات مرض الموت. [147]

ويخلص ألينا مما تقدم لدى المقارنة بين القانونين المدنيين الأردني والعراقي , أن المشرع الأردني قد أشار إلى إثبات مرض الموت بجميع طرق الإثبات بالنص على ذلك في القانون المدني الأردني , [148] وقانون البينات الأردني , ولكن بالرغم من سكوت المشرع العراقي عن إثبات مرض الموت في القانون المدني العراقي إلا انه أشار إليه في قانون الإثبات العراقي على وفق القواعد العامة. [149]

ثالثا :- القانون المدني المصري :

أما القانون المدني المصري قد نص على إثبات مرض الموت قائلا بان : "على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت , ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق , ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا". [150]

ومن هذا النص تبين أنها تتكون من شقين , الأول هو التصرف الذي حصل في مرض الموت , أما الثاني هو ثبوت التاريخ وإن الشق الأول من هذا النص يقودنا إلى التساؤل , عما إذا كان التصرف قد وقع في مرض الموت ؟

فإذا كانت المحكمة في شك من أن التصرف قد حصل في مرض الموت أو في حالة الصحة ولم يتوفر لها دليل قاطع على إحدى الحالتين رجحت صدوره في مرض الموت وفي ذلك رجوع للأصل وتطبيقا لذلك فقد قضت المحاكم الأهلية المصرية : "بان عقد البيع المحرر بخط المشتري ولم يشهد عليه احد ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين يعتبر كأنه عمل في مرض الموت ولو كان تاريخ تحريره قبل ذلك بثمانية اشهر "،ومن القرائن القوية أيضا على صدور التصرف في مرض الموت كما قضت هذه المحاكم هو أن يكون تاريخ التصرف قبل الوفاة بأيام قليلة إلا إذا وجد في الدعوى أن المتوفى مات فجأة, أما الشق الثاني من هذا النص وهو : "ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا"،أي لا يحتج على الورثة بالتاريخ العرفي, لان هذا التاريخ يختلف عن التاريخ الثابت, ويلاحظ في هذه العبارة أن هناك عيبا في صياغة النص من حيث انه يجعل الورثة من طبقة الغير كما يظهر لنا بحيث لا يتوجب على الورثة أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ .

---

[147] ـ قرار محكمة تمييز العراق ، رقم 3496 ، م 2 ، 98 في 03 - 10 - 1998 غير منشور ، وقرار محكمة تمييز العراق ، رقم 665 ، م2 1999 غير منشور .

[148] ـالمادة 1128 /2 و 3 من القانون المدني الاردني .

[149] ـ المادة 77 من قانون الاثبات العراقي ، رقم 107 ، لسنة 1979.

[150] ـ المادة 916 من القانون المدني المصري ، رقم 131 لسنة 1948.

وهذا خلاف القواعد العامة في الخلافة , لان الخلف امتداد للسلف كما واستقر قضاء محكمة النقض المصرية على:".... فيسري في حقهم ما كان ساريا في حق مورثهم ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف حجة عليهم كما كان حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ فإذا كانت هذه الورقة تحمل تاريخا عرفيا سابقا على مرض الموت وادعى الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت , ولكن الورقة قدم تاريخها على وقت المرض للحيلولة دون الطعن في التصرف كان عليهم أن يقيموا الدليل على ذلك بجميع الطرق لان تغيير التاريخ حينئذ يكون غشا وتحايلا على القانون , والغش والتحايل تعد واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق "،ولكن ينفذ تاريخ تصرف السلف مع الاغيار قبل الخلف العام ولو لم يكن تاريخا ثابتا في قوانين أخرى ،كما ينفذ تاريخ تصرف السلف – وفقا للاتجاه الفقهي الحديث- قبل الغير ولو صدر في مرض موت السلف قبل دائني المتوفى وورثته وتعين عليهم أن يثبتوا بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة الشخصية والقرائن القضائية عدم صحة تاريخ تصرف السلف مع الغير ومن ثم يجوز وصفهم من الاغيار عن المتوفى بالنسبة إلى اثر التصرف ؛ لان تغيير التاريخ حينئذ يكون غشا واحتيالا على القانون ومثل هذا الغش والاحتيال يعد واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .[151] هذا وقد قررت محكمة النقض المصرية : "انه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اتخذت من تراض الطاعن في تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر في فترة مرض موت البائع وان تاريخه قدم لستر هذه الحقيقة , إذ هي لم تتجاوز سلطتها في تقدير الأدلة وفهم الواقع في الدعوى".[152]

<u>قوة الورقة العرفية وحجيتها في الإثبات :</u>

إن للورقة العرفية قوة في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت. فإذا توفي شخص عقب مرض يعد مرض موت , وكان قد تصرف في بعض ماله بعقود عرفية غير ثابتة التاريخ , فطعن الدائن أو الوارث أو الموصى له في هذه العقود ببطلانها لصدورها من المورث في مرض موته , يتعين عليه أولا أن يثبت هذا المرض , وان يعين ميعاد موته على وجه التحديد فيثبت تاريخ بدء هذا المرض , ويكون إثبات ذلك كله بطرق الإثبات كافة وهي في الغالب بالتقارير الطبية , وبشهادات الشهود, ومتى ثبت مرض الموت وتعين تاريخه , بقي على الوارث أو الدائن أو الموصى له أن يثبت أن التصرف الصادر من مورثه والذي يطعن فيه قد صدر منه بعد التاريخ الذي ابتدأ فيه مرض الموت والغالب أن يكون هذا التصرف الصادر من مورثه مدونا في ورقة رسمية أو عرفية , وفي الحالة الأولى تكفي مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ بدء المرض للجزم بصدور التصرف في مرض الموت أو قبله .

---

[151] ـ الدكتور محمد حلمي عيسى ، شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الاسلامية ، مطبعة المعارف ، مصر ، 1916 ، ص 315، الدكتور محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 264 .

[152] ـ نقض مدني مصري ، 3 مايو /1951 ، مجموعة احكام النقض 2 ، رقم 127 ، ص 795.

أما في الحالة الثانية فيحتمل أن تكون الورقة العرفية المدون فيها هذا التصرف قد حررت بعد بدء مرض الموت تفاديا لتطبيق أحكامه على التصرف المدون بها , فان كان تاريخ الورقة العرفية

(الغير ثابت) فلا شك في نفاذها في حق الوارث لان الورقة سواء كانت ورقة عرفية أو ورقة ثابتة التاريخ فهي تنفذ تجاه الوارث كتحصيل حاصل على وفق المادة (15) من قانون الإثبات المصري : "ولا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت" ولكن إذا كان التصرف في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ فهنا يثور التساؤل , هل تاريخ الورقة العرفي غير الثابت يعد حجة على الوارث كما كان حجة على مورثه باعتبار الأول خلفا للثاني أم يحتسب الوارث بالنسبة لهذا التاريخ من طبقة الغير فلا يعتبر التصرف بالنسبة إليه سابقا على مرض الموت ولا ينفذ حقه دون حاجة إلى إقامة الدليل على حقيقة هذا التاريخ ووقوعه في فترة المرض ؟

هناك محل خلاف بين فقهاء القانون في ظل التقنين المدني المصري القديم , فذهب البعض منهم إلى جعل الدائن أو الموصى له أو الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه أو مدينه بصدوره في مرض الموت غيرا فيما يتعلق بثبوت تاريخ الورقة العرفية المدون فيها هذا التصرف , وعلى ذلك لا يصح الاحتجاج عليه بصدور التصرف إلا في اليوم الذي كسب فيه السند تاريخا ثابتا وفقا للمادة (916) من التقنين المدني المصري ولا عبرة بالتاريخ العرفي الذي يحمله التصرف مهما أيدته الأدلة والقرائن , وبنوا ترجيحهم على انه ما دام المتعاقد نفسه له حق الطعن بصورية العقد بطرق الإثبات كافة فلا اقل من أن يعترف للورثة بهذا الحق فيما بينهم . لان القانون جعل للمورث أبان مرض الموت حقا في ماله يمتنع به على ذلك المورث التصرف في أكثر من ثلث ماله لأجنبي , وهذا الحق يظهر في الوجود بعد وفاة المورث , وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يطعن به هذا على تصرفات ذاك الماسة بحقه , ولا شك في انه في هذه الحالة تجري أحكام القانون المدني في شان الغير على الوارث , فيعد الوارث من الغير متى اثبت تصرفات مورثه الضارة بالتركة حصرا.[153]

---

[153] ـ الدكتور سليمان مرقس ن شرح القانون المدني ، ج 2 ، (في الالتزام)، المطبعة العالمية ،1964 ، بند 272 ، ص 245.

رابعا:- القانون المدني الفرنسي :

وفي فرنسا , نجد أن المشرع الفرنسي لا يعرف مرض الموت لأنه حفظ لبعض الورثة حصة تدعى بـ (الحصة المحفوظة) , فيشير الأستاذ جاك غستان إلى أن : "غير أن الورثة أصحاب الحقوق المحفوظة , رغما عن صفتهم كخلفاء بصفة كلية (أي الخلف العام) , يستفيدون من حق خاص بهم في حماية حصصهم في ذمة المتوفى المالية الذي لا يستطيع التصرف بها بصفة مجانية وبامكانهم , لحملهم على مراعاة ذلك , إقامة دعوى تخفيض التبرعات التي تتجاوز نصاب الوصية , فيقيمون هذه الدعوى كالغير بالنسبة إلى مورثهم , مما يجيز لهم بصورة خاصة أن يمارسو بهذه الصفة (أي صفة الغير) , دعوى إعلان الصورية ضد التبرعات المستترة التي يقوم بها مورثهم والتي تعتدي على حصصهم المحفوظة". وتطبيقا لذلك فقد قررت محكمة النقض الفرنسية على انه : "من يطالب بتركة مفتوحة منذ أكثر من ثلاثين سنة عليه أن يسوغ انه هو نفسه أو موروثوه قبلوها ضمنيا في الأقل قبل انقضاء المدة". ويجدر الإشارة أن القانون اللبناني قد اخذ هو الآخر بحقوق أصحاب الحصص المحفوظة كما أخذه المشرع الفرنسي فنشير الى ذلك من خلال النص عليه في قانون الإرث لغير المحمديين اللبناني الصادر في 23 حزيران لسنة 1959 في المادة (43) منه : " لا تصح الوصية التي يجريها المريض في مرضه الأخير للطبيب الذي عالجه في هذا المرض ما لم يكن الطبيب من ورثاء الموصي وإنما تصح الوصية المنظمة في هذه الحالة إذا كان المال الموصى به هو إيفاء الخدمات وقد اخذ بعين الاعتبار في تعيين ثروة الموصي والخدمات المؤداة "،إذ حكمت محكمة بداية جبل لبنان حكما وهو :"لا يجوز للوارث الذي ليس له حصة محفوظة طلب إبطال سند دين أو عقد بيع صادرين عن المورث بسبب حصولهما في مرض الموت".[154]

[154] ـ جاك غستان ، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد واثاره) ترجمة منصور القاضي ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت ، 2000 بند 332 ، ص 443.

خامسا : القانون المدني الجزائري:

فالمشرع الجزائري كما سبق ذكره اعلاه نجد انه اخضع اثبات مرض الموت للقواعد العامة ، كما انه وضع في المادة 776 فقرة 03 قرينة على ان التصرف تبرع تحكمه احكام الوصية وفقا لقانون الاسرة ، لكن هذه القرينة ضعيفة لانها تقبل اثبات العكس حيث ان للمتصرف له ان يثبت ان العقد تم بمقابل وهذا المقابل مساوي لقيمة الشيء الذي اخذه .

وفي حيثيات قرار لمجلس قضاء البليدة جاء فيه " .... وحيث ان مرض الموت واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات ، وحيث تبين من الملف الطبي او الواهبة تعاني من داء الكلى ، وان مرضها هذا كان في مرحلتها الاخيرة ، وان الواهبة ماتت بعد مرور اقل من عشرة اشهر ، مما يتعين ابطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الاسرة".[155]

[155] - قرار رقم 99/1100 مؤرخ في 01-04-2000 ، الغرفة المدنية ص 121 ، 124 نقلا عن محمودي عبد العزيز ، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ، د ، س ، ن ص 33.

المطلب الثاني : مدى تأثير مرض الموت على تصرفات المريض:

نص المشرع المدني الجزائري على بعض الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت، متأثرا بالشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يوضح ما هي أهلية المريض مرض الموت، وهل المرض يفقدها أو ينقصها وسنتطرق لذلك في الشريعة الإسلامية ثم في القانون المدني.

الفرع الأول: أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

ـ تتحقق أهلية الشخص متى كان قادرا على فهم أدلة التكليف، قادرا على الإتيان بها والفهم لا يتحقق إلا لمن كان عاقلا، لأن أداة الفهم والإدراك لا تكلف لمن لا عقل له، فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم:" رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحلم وعن المجنون حتى يعقل."

ـ والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد له أهلية الوجوب والأداء، لذلك فهو أهل للتعاقد شرعا وقانونا، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تحد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها.[156] وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض في وقت المرض، لذلك لا يجوز للمورث التصرف الكامل في مال يعتبر في حكم المملوك للورثة،[157] وحفاظا على حق الدائن في تركته أسيرا وراء رغبة دافعة لإيثار بغض الورثة مخالفا لذلك أحكام الميراث، أو اندفاعا وراء محبة أو شهوة بإعطاء من يستحق أكثر مماله، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانه من ميراثه بعد موته[158].

---

[156] أ.رشاد السيد إبراهيم عامر المرجع السابق ص 52-53.

[157] الدكتور عبد الرازق السنهوري المرجع السابق ج 4 ص 323.

[158] ـ الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 1996 ، ص 299.

ولقد انقسم الفقه في اعتبار مرض الموت عارض من عوارض الاهلية من عدمه .

فالرأي الاول : يذهب اصحابه الى القول ان مرض الموت عارض من عوارض الاهلية وانه ينقص من اهلية الاداء ، لضعف ذمته ، وتعلق حق الغرماء باموالة وقرب انتقال ملكيته الى الورثة ، ولذلك تحد تصرفاته كالمحجور عليه وتعتبر تبرعاته بحكم الوصية التي تقيد بالثلث ، كما تصبح بقية التصرفات موقوفة على اجازة الدائنين ، خاصة اذا كان الدين مستغرقا لماله .[159]

اما الرأي الثاني :فقد ذهب اصحابه الى القول ان مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الاهلية ، وان تصرفات المريض بشكل عام صحيحة ونافذة ولازمة ، لان المرض لا يؤثر على اهلية المريض ، ولا يضعف ذمته ولا يقيد حريته وولايته ، ولا يحد من تصرفاته ، ولا يتعلق حق الورثة بماله وتركته الا بعد وفاته ، وقد استدلوا في قولهم على انه لا يجب التفرقة بين المريض والصحيح ، لان مرض الموت كبقية الامراض الاخرى التي لاتؤثر على الاهلية والتصرفات ،خاصة وان التفريق بينهما لا دليل عليه .[160]

ومما سبق يتضح لنا جليا ان السبب في تقييد تصرف المريض مرض الموت لا يرجع الى الاهلية او عيب في ارادته ،وانما يعود الى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض وليس من وقت موته فحسب .[161]

ولقد اختلف فقهاء الحنفية اختلافا نظريا في تكييف حق الورثة الذي يتعلق باموال مورثهم، اهو حق ملكية في ثلثي ما يبقى من الديون ، ام هو مجرد الحق في الخلافة لايثبت ملكا ، وانما تبتدئ فقط من وقت الوفاة ؟

[159] ـ محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق،ص 169.
[160] ـ شفيق الجراح ، عقد البيع ، د ،ن ، دمشق ، سوريا ، 1985 ، ص 83 ، نقلا عن محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 43.
[161] ـ محمد احمد البديرات ، المرجع السابق ، ص 82.

حيث ذهب المتقدمون من الحنفية الى ان حق الورثة الذي يتعلق باموال مورثهم هو حق ملكية وهؤلاء على رأيين:

الرأي الاول:يرى انه حق ملكية من كل وجه أي حق ملكية كامل ، ويثبت هذا الحق بمجرد المرض ،كون ان المريض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله وهي ان الاعيان ملك للورثة .[162]

الرأي الثاني:يرى انه حق ملكية من وجه دون وجه ، فحق الملكية انما يكون عند الموت ، فاذا مات المريض ثبت الملك بأثر رجعي الى وقت ثبوت المرض ، لان الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، وملكية الورثة لاموال التركة تثبت مستندة الى اول ظهور اعراض الفناء ، أي وقت ثبوت المرض، والظاهر ان دقة الخلاف بين الرأيين لا تحول دون كونهما متحدان في ان تكييف حق الورثة بأنه حق ملكية .[163]

بينما يرى المتأخرون من فقهاء الحنفية ان تعلق حق الورثة باموال مورثهم المريض هو مجرد حق في خلافته او حق ارث، وليس حق ملكية ،ودليلهم في ذلك ان حق الوارث لو كان حق ملكية لجاز للوارث نقض تبرع المريض في اثناء حياته ، ولكن ذلك لا يجوز بالاجماع ، فدل هذا على انه ليس حق ملكية بل مجرد خلافة .[164]

الفرع الثاني: أهلية المريض مرض الموت في القانون المدني:

العقد يكون صحيحا، إذا كانت جميع شروطه كاملة غير منقوصة، وينفذ مباشرة أما إذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة فإنه يكون باطلا أو غير صحيح.

ويراد من نفاذ العقد أن يترتب عليه آثار في الحال، ولا يتوقف إجازة غير العاقد، وذلك يكون إذا كان العاقد مالكا لما عقد عليه، أهلا للاستغلال في إصدار هذا العقد، بأن كان حرا بالغا عاقلا، أو كان غير مالك لما تعاقد عليه، ولكنه ذو ولاية في إصداره، كالولي والوصي والوكيل، أما إذا كان مالكا ولكنه غير أهل للاستغلال بإصدار العقد، كالصبي المميز في

---

[162] ـ محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 10 - 11.
[163] ـ الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ، ص 282.
[164] ـ محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 21.

العقود الواقعة بين النفع والضرر، أو كان أصلا للتعاقد ولكنه ليس مالكا، ولاذا ولاية شرعية أو قانونية، على من يملك كالفضولي، فإن العقد لا يكون نافذا ولكنه يكون موقوفا.

إذا نظرنا إلى هذا الأصل بالنسبة إلى المريض أهل للتعاقد، متى عقد على ما يملك كان عقده صحيحا فيلزم أن يكون نافذا، فاعتبار أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة، كأهلية الصحيح تماما يرجع للأسباب التالية:

أولا: لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه بالوصية في حدود الثلث باطلا مطلقا لأنه تصرف ضار، به ضررا محضا، وهناك إجماع على أن تصرفه في حدود الثلث لأجنبي صحيح نهائيا ولو كان تصرفه يدور بين النفع والضرر، كالبيع مثلا، لكان تصرفه لأجنبي في حدود الثلث قابلا للإبطال وهناك إجماع على أنه صحيح نهائيا .

ثانيا: لو كان ناقص الأهلية، وكان تصرفه تبرعا، فإنه يكون الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الإجازة وهناك إجماع على أن للورثة إجازة هذا التصرف .

ثالثا : لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية، لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا، إذا لم يكن له وارث، وهناك إجماع على أن تصرفه في كل ماله صحيح، إذا لم يكن له وارث.

رابعا : إن نقص الأهلية، يرجع قانونا إلى عارض من عوارض الأهلية، وهي الجنون، العته، والسفه والغفلة أو إلى عيوب الرضا هي: الغلط والتدليس والإكراه أو الاستغلال، ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت، أنه مصاب بأحد هذه العوارض، أو أن إرادته معيبة بأحد هذه العيوب.

خامسا : لو قلنا أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال، فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته، و إدا مات انتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا.

سادسا : وإذا كان للورثة حق إبطال تصرفه، فإن حقهم هذا حق شخصي، لم يرثوه عن مورثهم، بل أنهم يستعملونه للدفاع عن حقوقهم لا عن حق مورثهم .

- هناك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 رقم الملف 284738 حول تنازل في مرض الموت – إثباته – شرط عدم أهلية التصرف والإدراك، لا .

والمبدأ المستخلص منه : يشترط لاعتبار المرض مرض موت، أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، وجاء في حيثياته عن الوجه الثاني :" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف، هو المرض الأخير، إذا كان خطيرا، ويجر حتما إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه".

ويضيف القضاة في هذا الشأن " أن المستأنف عليهما، لم يستطيعا إثبات أن والدتهما لم تكن تملك تمييزها ولا صحة إدراكها، وقت القيام بالتنازل لأختهم" غير أن هذا الفهم لمرض الموت من طرف قضاة القرار هو فهم خاطئ، دلك أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران وهما أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا، وأن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا بالمرض، وإن هذا المرض لا علاقة له إطلاقا بالعقل والتمييز والإدراك ولا إلى عيب في إرادته، كما ذهب إلى ذلك قضاة القرار المطعون فيه".

كذلك اعتبرت النسخة الفرنسية لنص المادة 408 من القانون المدني ان مرض الموت هو عيب في التراضي بنصها " Sans consentement"، ومن اجل ذلك كانت بيوع المريض مرض الموت قابلة للابطال ، كما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-07-1984 تحت رقم 33719 انه :" .... من المقرر فقها وقضاءا ان مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الاخير اذا كان خطيرا، ويجر الى الموت وبه يفقد المريض وعيه وتمييزه ، فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من احكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي السائد ".[165]

---

[165] ـ رشاد السيد عامر ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 62.

ونلاحظ ان القانون المدني الجزائري قد اخذ بمذهب الحنفية والحنابلة في التكييف القانوني لمرض الموت ، فوافق مذهب الحنفية من ناحية وخالفه من ناحية اخرى ، فوافقه في انه جعل تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها احكام الوصية ، وقد اكد القانون المدني الجزائري هذا الوصف لجميع تصرفات المريض مرض الموت في المادة 776 منه ، وخالف القانون المذني مذهب الحنفية والحنابلة ، وبالتالي يكون قد وافق مذهب المالكية والشافعية والظاهرية في انه لم يجعل مرض الموت عارضا من عوارض الاهلية ، وانما جعل المرض مؤثرا في تصرفات حماية حقوق الورثة والغير .[166]

[166] ـ حسني محمود عبد الدايم ، مرض الموت واثاره على عقد البيع ، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2007 ص 17.

الفصل الثانـي

ـ احكام تصرفات المريض مرض الموت

للشخص الحرية الكاملة في أن يتصرف في أمواله بعوض أو بدون عوض، طالما أن التصرف ينتج أثاره حال حياته، وغني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يجريه الشخص لابد له من أركان وشروط صحة يلتزم بها المتعاقدان، غير انه قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض تؤدي بـه إلـى الوفاة حتما ، أو مرض يغلب فيه الهـلاك و يشعر فيه المريض بدنو أجله، و هي حالة تعرف فقها وقانونا بمرض الموت.

و متى كان من المقرر فيما هو ثابت في الشريعة الإسلامية أن تصرفات الشخص في مرض موته يختلف حكمها عن تلك التي تقع حال صحته، و أن القانون المدني حال تنظيمه لتصرفات المريض مرض الموت لم يتطرق إليها بالتدقيق، و لم يجمع كل أجزائها، و لم يبين أساس حكمها، بل جاءت نصوص القانون في ذلك عامة سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة2/1 من القانون المدني.

إذ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفـاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثـة و تعطيها حكم الوصية، و إن كان القانون المدني الجزائري لم يأتي بالتفصيل كامل لكل

تصرفات المريض مرض الموت، فإن القضاء مأمور بتطبيق أحكامه، اجتهادا منه بما هو ثابت في فقه الشريعة الإسلامية من أحكام . و هذا ما سنتناوله في هذا الفصل بمبحثين.

اذ سنخصص المبحث الاول لاحكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الاحوال الشخصية .

اما المبحث الثاني خصصناه لاحكام تصرفات المريض مرض الموت في امواله .

المبحث الاول :

احكام تصرفات المريض مرض الموت في مجال الاحوال الشخصية

اعتنت الشريعة الإسلامية بأحكام الزواج عناية فائقة ووضعت له نظاماً كاملاً محكماً تنشأ فيه الأسرة على وجه يحقق الاستخلاف في الأرض، ووسيلة لتنظيم الفطرة والغريزة وحفظ نوعه وذكراه بالتوالد والتناسل إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لذا جاءت أهمية عقد الزواج لاعتباره من أخطر العقود التي يتعامل بها الإنسان في حياته يتوارث الزوجان بمجرد عقد النكاح الصحيح،فان العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة تنتهي نهاية طبيعية بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين ولكن أحياناً تكون هناك مشاركة بين الطلاق والوفاة وهو ما يسمى بالطلاق في المرض المخوف) مرض الموت (بقصد حرمان الزوجة من الإرث وغالباً ما يحدث هذا الطلاق من الزوج في حالة مرضه وضعفه أمام قوة وسيطرة ورثته لإجباره على طلاق زوجته حتى لا تشاركهم في الميراث طمعاً في التركة، ويسمى هذا الطلاق عند بعض الفقهاء طرق الفرار وسنعالج من خلال هذا الفصل زواج المريض مرض الموت ومدى صحته وبيان حكمه من خلال هذا المرض وكذلك الطلاق الصادر منه في هذه المرحلة،كما سنتطرق إلى معالجة الإقرار الصادر من المريض في مرضه ونخص بالذكر الاقرار بالنسب او البنوة باعتباره من مسائل الاحوال الشخصية .

المطلب الأول:*الاشكالات التي يثيرها طلاق وزواج المريض مرض الموت*

وتكون دراسة هذا المطلب وفقا لنقطتين اساسيتين نخصص الاولى لدراسة الزواج في مرض الموت اما الثانية فنخصصها لطلاق المريض مرض الموت .

<u>الفرع الاول</u> : الزواج في مرض الموت .

الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .وهو عقد مشروع بقوله تعالى " : ***فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم إلا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت إيمانكم*** ،[167] وكذلك قوله – جل جلاله": ***وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائك***م ، [168] "كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال"***:النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني***" ولعل أهم ما في حكمة

الزواج هو الإبقاء على الوجود الإنساني من خلال عملية التناسل، ومهما يكن من أمر الزواج فسنكتفي منه في هذا المبحث بما درجنا عليه وهو معالجته في مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي ثم في ظل القوانين الوضعية مخصصين لكل من القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية في فقرة مستقلة.

اولا:<u>الزواج في مرض الموت وفقا الشريعة الإسلامية:</u>

اتفق فقهاء المسلمين على جواز زواج المريض مرض الموت إلا أنهم اشترطوا لذلك حصول الدخول وبعكسه فالعقد باطل ولا يترتب عليه أي اثر أي انه إذا قدم رجل مريض مرض الموت وعقد على امرأة ولم يدخل بها حتى لو ماتت هي فانه لا يرثها إذا كانت قد ماتت وهو مريض مرض الموت وإذا كان جمهور الفقه الإسلامي يذهبون إلى أن الزواج في المرض المخوف والصحة سواء من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه،فإنهم اختلفوا بعد ذلك فيما يثبت من مهر الزوجة في الزواج في مرض الموت،والواقع أن جمهور الفقهاء قد استدل على صحة عقد الزواج في مرض الموت وعلى ثبوت التوارث بين الزوجين بما جاء في الكتاب،والأثر،والمعقول .والمريض غير محجور ولا ممنوع عن حوائجه الأصلية ولا من صرف ماله إليها.

---

[167] ـ سورة النساء الاية 3.

[168] ـ سورة النور الاية 34.

وهو ما أستدل به أيضاالحنابلة، [169] ومن هنا فإذا ثبتت صحة الزواج في المرض المخوف ثبت التوارث بين الزوجين لعموم آية الميراث بين الأزواج .وإذا كان هذا الذي ذكرناه هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.
فان فريقاً آخر من الفقهاء قد ذهب إلى خلاف ذلك فالمالكية لها قولان في حكم زواج المريض مرضاً مخوفاً -: **احدهما** : انه يجوز له التزوج إذا كان محتاجاً إلى الزواج، ولا يجوز مع عدم الحاجة .**والثاني** : انه لا يجوز له أن يتزوج سواء كان محتاجاً إلى الزواج أو غير محتاج،ولو أذن له الوارث الرشيد في الحالتين، لاحتمال موت الآذن أو صيرورته غير وارث وكون الوارث غيره ،ويعد الزواج في مرض الموت لدى المالكية فاسداً على الأرجح وذلك لان في هذا الزواج إدخالا لوارث جديد على الورثة الأمر الذي يحتم معاملة المتزوج وهو المريض مرض الموت بنقيض قصده ويحكم بفساد فعله، وهذا كله إذا تزوج بمن ترث .أما إذا تزوج المريض بمن لا ترثه كأمة وكتابية، فلهم في حكم زواجه قولان-:
أحدهما : انه غير جائز، وهو القول الأصلح المعتمد في المذهب،لأن في نكاح المريض لأي منهما إدخال وارث، والثاني : إن هذا الزواج جائز لان كلا من العتق والإسلام طارئ ومجرد احتمال، فلا يلتفت إليه،والأصل عدم مراعاة الطوارئ أما الامامية فإنهم يفرقون في حكم الزواج في مرض الموت بين زواج المريض وزواج المريضة .ففي زواج المريض لدى الامامية ":يجوز للرجل أن يتزوج في مرضه، فأن تزوج ودخل فجائز،وان مات قبل الدخول فباطل" أما في زواج المريضة " : يجوز للمريضة أن تتزوج، وحكم زواجها حكم زواج الصحيحة بلا فرق ." [170]
ولئن كان هذا هو رأي كل من جمهور الفقهاء والمالكية والامامية حول الزواج في مرض الموت من حيث صحة العقد وتوريث كل واحد من الزوجين صاحبه، فان أولئك الفقهاء قد اختلفوا كما أسلفنا في الذكر سابقا ، فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت.
اختلفوا كما أسلفنا الذكر فيما يثبت للزوجة من مهر في الزواج في مرض الموت، وفيما يلي تفصيل هذا الاختلاف:
مذهب الحنفية : فرق الحنفية بين ما إذا كان الشخص الذي يتزوج في مرض الموت مديناً اوغير مدين:
1-**إذا كان المريض مديناً :** فان تزوج بمهر المثل جاز ذلك و حاصت الزوجة غرماء الصحة بمهرها بعد موته أن لم يكن قد نقدها ذلك المهر في حياته أو بمعنى أخر انه يصار إلى تقسيم المال عليها وعليهم على قدر حصصهم وذلك لان مهرها دين لها على زوجها،فيكون مساوياً لديون الصحة لوجوبه بأسباب معلومة لا مرد لها إذ أن جواز الزواج في مرض الموت، وهو لا يجوز إلا بوجوب المهر,يجعل هذا المهر كدين الصحة وان ظهور وجوب المهر و معلوميته بناء على ظهور سبب وجوبه وهو الزواج الذي هو غير محتمل الوجوب، إنما يحتم تعلق المهر بحال هذا المتزوج ضرورة، ولكن حيث أن هذا المهر قد يزيد على مهر المثل، فقد قال في الزيادات – من كتب ظاهر الرواية"– يقدم دين الصحة على الزيادة على مهر مثلها."

---

[169] - محمد يوسف موسى،**الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي**،دار الفكر العربي،القاهرة، 1987 ،ص344 .

[170] - حسين علي الاعظمي،**أحكام الزواج**،مطبعة المعارف،بغداد، 1948 ،ص344 .

2-**إذا لم يكن المريض مديناً** : فقد اعتبروا التزويج في هذه الحالة جائزاً من رأس المال إذا كان بمهر المثل وذلك لان التزويج بمهر المثل هو إنفاق لمال المتزوج في حوائجه الأصلية،فيقدم بذلك على وارثه، وإنما قُيد التزويج بمهر المثل لان الزيادة عليه محاباة وهي باطلة إلا أن تجيزها الورثة، لأن حكمها حكم الوصية للزوجة الوارثة والوصية لا تجوز لوارث إلا أن يجيزها الورثة وان كان النكاح صحيحا.[171]

مذهب المالكية: فرق المالكية في هذه المسألة بين ما إذا تزوج المريض صحيحة وبين ما اذا تزوج الصحيح مريضة وبين ما إذا تزوج المريض مريضة مثله.

لذا نبين ذلك في ثلاث حالات:.

الحالة الأولى :إذا تزوج المريض صحيحة، فقد فرق المالكية بين موته قبل الفسخ وبين موته بعده : فان مات قبل فسخه، فلها الأقل من الصداق المسمى وصداق المثل من ثلث ماله، سواء دخل بها أو لم يدخل .أما إذا مات بعد فسخه،فينظر : إن كان الفسخ قبل موته وقبل الدخول ,فلا شيء لها من المهر وان كان الفسخ قبل موته وبعد الدخول، كان لها المسمى تأخذه من ثلثه إن مات، ومن رأس ماله إن صح.

الحالة الثانية : إذا تزوجت المريضة صحيحاً، فلها مهرها المسمى من رأس المال، زاد على صداق المثل أم لا إن كان مدخولا بها، ومثل الدخول موته أو موتها قبل الفسخ والدخول

الحالة الثالثة : إذا تزوج المريض مريضه مثله ,في هذه الحالة يغّلب جانب الزوج ويكون حكم المهر فيها حكم ما لو أفرد الزوج بالمرض .حيث جاء في مواهب الجليل ":والظاهر انه

إن كان الزوج مريضاً والزوجة مريضة يكون الحكم فيها كالحكم فيما إذا كان الزوج فقط هو المريض."[172]

ويتبين مما عرضنا له فيما تقدم إن الأمر يمثل احد ابرز المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي، ونرى من جانبنا صواب القول بصحة الزواج في مرض الموت وثبوت التوارث بين الزوجين دون تفريق بين أن يكون الزوج هو المريض أو تكون الزوجة هي المريضة ودون تفريق بين ما اذ كان قد دخل بها او لم يدخل وكذلك دون ايلاء ، نظر إلى كونها وارثة قال بمثل ذلك كلا أو جزءا وذلك لأنه اعتمد على الكتاب وما ورد في الأثر وما رجح بالقياس أو العقل.

---

171 - حسين علي الاعظمي،**أحكام الزواج**،المرجع السابق،ص346 .

172 - حسين علي الاعظمي ،المرجع السابق،ص348،349.

ثانيا :<u>الزواج في مرض الموت وفقا لبعض التشريعات القانونية:</u>

لقد عد المشرع الأردني الزواج صحيحا في مرض الموتً إذا كان المهر هو مهر المثل إذ نصت على ذلك صراحة في المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية في موته ينظر فان كان المهر المسمى مساوياً لمهر مثل الزوجة تأخذه الزوجة من تركة الزوج وان كان زائداً عليه يجري في الزيادة حكم الوصية."
ويتبين من هذا النص إن المشرع الأردني قد اخذ بالرأي الراجح في المذهب الحنفي وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن بشرط أن لا يزيد المهر على مهر المثل وإلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع فإذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة1128 من التقنين المدني الأردني، فليس للزوج المريض ان يحابي الا بقدر الثلث وما زاد على الثلث فلا ينفذ إلا بإقرار الورثة وكذلك المريضة فشانها كذلك حسب القواعد المقرر قانونا، ولكن يثور سؤال هنا وهو هل تعد غرفة النوم من التركة ؟ .فلو توفى الزوج المريض مرض الموت وكان قد أوصى نجارا بصناعة غرفة نوم لزواجه ومات قبل الدخول فهل تعد الغرفة جزء من التركة ؛ وتصبح من حق الورثة أم تعد جزءاً من المهر؟ أم تعد هبة وهبها الزوج لزوجته غير الداخل بها ومن ثم يستحيل عليه الرجوع في هذه الهبة

في الواقع إن هذا السؤال يحتوي على شقين أو حالتين ؛ الحالة الأولى هل تعد غرفة النوم من التركة ؟ والجواب عن ذلك إذ أنها تعد من التركة على اعتبار أن غرفة النوم من الأعيان ومن ثم فإنها تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المريض) المورث أو الزوج (ومن ثم تخضع لإحكام الوصية فيما يتعلق بثلث التركة .مع ملاحظة أن الزوجة غير مدخول بها تعتبر من الورثة على وفق أحكام المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الأردنية .[173]
أما بالنسبة إلى الحالة الثانية وهي هل تعد غرفة النوم هبة وهبها الزوج لزوجته غير المدخول بها ؟ ..والجواب عن ذلك انه إذا كانت غرفة النوم هي هبة وهبها الزوج لزوجته في حال صحته فانه لا يجوز الرجوع فيها على وفق أحكام المادة579 المدني الأردني. التي تنص يعتبر مانعاً من الرجوع في الهبة ما يلي : إذا كانت الهبة من احد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر ".[174]
أما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت فان الهبة تخضع لإحكام الوصية استناداً على نص (المادة1128) من التقنين المدني الأردني التي تنص" : كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا ما كانت التسمية التي تعطى له."

---

[173] - حسين علي الأعظمي،**أحكام الزواج**،مرجع سابق،ص(350 .

[174] - محمد يوسف موسى،**الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي**،مرجع سابق، ص90 .

أما في العراق، فان المشرع العراقي قد عد الزواج الحاصل في مرض الموت صحيحاً لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية استناداً إلى القواعد العامة الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وتطبيقاً لذلك نجد أن محكمة التمييز العراقية قد قررت ":أن الزواج الحاصل في مرض الموت لا يخل بصحة عقد الزواج المستوفي لشرائطه الشرعية."كما قررت أن" :طلب الزوج
أثناء حياته زيادة مهر زوجته المؤجل بحجة وجود خطأ في عقد الزواج ويعتبر إقرار تمليك ويخرج مخرج الثلث من تركته إذا وقع أثناء مرض موته ."........ ولعل قرار محكمةالتمييز العراقية هذا هو عين الصواب لما فيه من دقة ووضوح.[175]
وفي مصر،اخذ المشرع بالرأي الراجح في المذهب الحنفي كما اخذ به المشرع الأردني ,وقرر صحة زواج المريض فله أن يتزوج ولكن على أن لا يزيد المهر عن مهر المثل و إلا كانت الزيادة تبرعاً منه للزوجة فتأخذ حكم التبرع حتى إذا مات عن هذه الزوجة كان حكم الزيادة حكم الوصية على وفق الحكم العام لتصرفات المريض مرض الموت الوارد في المادة (916) من التقنين المدني المصري .[176]

الفرع الثاني :الطلاق في مرض الموت

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا مادامت أهليته للتصرف موجودة،فإنه لا حجر عليه في ذلك.أما إذا كان الطلاق في مرض الموت فأكثر الفقهاء على أنها ترثه لأنه يعتبر فارا من ميراثها في هذه الحالة فيعامل بنقيض مقصوده .[177]
.ومهما يكن من أمر الطلاق فإننا لا نبتغي منه في هذا الفرع إلا ما درجنا عليه في اللفرع السابق وهو معالجته في مرض الموت في ظل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي مخصصين لكل من الحقلين فقرتين مستقلتين.

اولا :<u>طلاق المريض مرض الموت وفقا للشريعة الإسلامية</u>**:**

اتفق فقهاء المسلمين على وقوع طلاق المريض مرض الموت صحيحاً لأنه أهل لإيقاعه ولكنهم اختلفوا في مسألة ارث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً فهو اذا طلق زوجته طلاقاً بائناً. وكانت الأدلة تشير إلى انه إنما طلقها لكي يحرمها من الميراث ففي هذه الحالة لا ينفي الطلاق حقها في الإرث، فهذا الطلاق وكما يسميه المسلمين طلاق الفار .فعند **الحنفية** أن الرجل لو طلق إمراته في مرض موته بائناً فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها، ويعللون ذلك بان المطلقة بائنا في مرض موت المطلق ترث

---

[175] - حسين علي الاعظمي،**أحكام الزواج**،مرجع سابق،ص126 .

[176] - حسين علي الأعظمي، المرجع سابق،ص130 .

[177] - احمد الغندور، **الطلاق في الشريعة الإسلامية**، ط2 ،دار المعارف، مصر، 1976 ، ص(32

مطلقها إذا مات ولا يرثها هو إذا ماتت وهي في العدة لان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد قصده إليه بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها لان الطلاق في العدة تبقى في حق بعض الآثار) أي أثار الزوجية (فجاز أن يبقى لها حق فرضها من الميراث والزوجية في هذه الحالة ليست سبباً لأرثه عنها فتبطل في حقه قياسا على طلاق الصحيح السليم، ويسقط حقها في الإرث إذا رضيت بالطلاق أو بسوء منه. وترث الزوجة استحسانا إذا ثبت أن زوجها قد طلقها خلال مرض موته طلاقاً رجعياً، فطلقها بائن وان يموت في هذا المرض وهو على تلك الحالة سواء كان بذلك السبب أو بغيره بأن قتل في مرضه فان برىء الزوج أو زالت تلك الحالة ثم مات بعلة أو حادثة أخرى وهي بالعدة فلا ترثه وكذلك إذا طلقها قبل الدخول، أما لو طلقها رجعياً وهو مريض مرض الموت فترثه مطلقا سواء كان صحيحا أم مريضا لأنها في عدة الطلاق الرجعي ولأنها زوجة حكما وترثه إذا مات كما يرثها إذا ماتت . [178]

أما المالكية فيرون أن الزوجة ترث زوجها وان طلقها في مرض الموت حتى لو انقضت العدة وتزوجت بغيره وحتى لو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو إذا مات لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه بالميراث .[179]
أما في المذهب الحنبلي فترث الزوجة إذا طلقها في مرض موته سواء توفي في العدة أم بعدها ما لم تتزوج فإذا تزوجت سقط حقها وللإمام احمد روايتان أحدهما يتفق مع الحنفية وهي أنها لا ترث بعد انقضاء عدتها وان لم تتزوج والثانية أنها ترثه ما لم تتزوج وهي الصحيحة والمشهورة وقال الشعراني ولأبي حنيفة رواية أخرى أنها ترثه ما لم تتزوج.
أما الشافعية فلهم قولان، الأول أنها ترثه لأنه متهم في قطع ارثها فورثت كالقاتل منهما في استعجال الميراث لم يرث والقول الثاني أنها لا ترث لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة .[180]
أما الامامية فيرون أنها ترث ما لم تتزوج أو يبرأ "يشفى " من مرضه الذي طلقها فيه.
كما وان الجعفرية ترى أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته نفذ طلاقه هذا وإذا توفي احدهما أثناء العدة ورث الآخر إن كان الطلاق رجعياً أما إذا كان الطلاق بائناً فلا يرثها زوجها إذا توفيت في العدة أو بعدها وترثه إذا توفي بعد الطلاق بمدة لا تزيد على سنة بشرط أن لا تتزوج غيره وإلا يبرأ من مرضه ذلك أن يطلقها وهو مريض مرض الموت،وان يموت بهذا المرض فان بريء الزوج من مرضه ثم مات لعلة أخرى وهي في العدة لم ترثه إن كانت بائنة، وإذا طلبت الزوجة من زوجها أن يطلقها طلاقاً رجعياً فطلقها طلاقاً بائناً فإنها لا ترث إن تستمر أهليتها للإرث من وقت الطلاق إلى وقت الموت .[181]
أما الظاهرية فلهم رأي أخر فيقول ابن حزم ":أن المبتوته في المرض أو المطلقة فيه ولم يطأها لا ميراث لها أصلا وكذلك المطلقة رجعياً في المرض إذ لم يراجعها حتى مات فلا

---

[178] - احمد الغندور،**الطلاق في الشريعة الإسلامية**،مرجع سابق ص33

[179] - حسين علي الاعظمي،**احكام الزواج**،مرجع سابق ص(132

[180]- حسين علي الاعظمي،**احكام الزواج**،مرجع سابق ص(133 .

[181] - احمد غندور،المرجع السابق،ص(87 .

ميراث لها، وحتى لو أقر علانية انه إنما فعل ذلك لئلا ترثه ولا جرح عليه في ذلك لأنه فعل ما أبيح له من الطلاق الذي قطع به حكم الزوجية بينهما .[182]
ويخلص إلينا مما تقدم أن فقهاء المسلمين قد اتفقوا على صحة طلاق المريض ولكنهم اختلفوا في مسالة ارث الزوجة المطلقة بائناً.

ثانيا :<u>الطلاق في مرض الموت وفقا لبعض التشريعات القانونية:</u>

إن طلاق المريض وطلاق الصحة يقعان على حد سواء،إلا أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى اعتبرنا من الميراث بمعنى أنه طلقها حتى لا ترث منه ويعتبر مريض الموت ومن في حكمه فارا من الميراث أذا توافرت فيه ثلاث:
أولا:أن يكون طلاقا بائنا وبعد الدخول الحقيقي لأنه لو كانت البينونة قبل دخول فلا يعتبر فار ولا تستحق الزوجة الإرث لأن عدة لها في هذه الحالة.
ثانيا:أن يكون الفرقة دون رضا الزوجة لأن رضاها يبعد عن الزوجة تهمة الفرار من الإرث وكذا حالة الطلاق على مال أو مخالفته.
ثالثا:أن تكون الزوجة أهل الميراث وقت الطلاق وأن تستمر هذه الأهلية وفي ذلك قضت المحكمة العليا أنه لا تلازم بين العدة والحق في الميراث حيث أن المرض مهما كانت خطورته يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عليه فالطلاق به صحيحا شرعا وقانونا بخلاف "الميراث فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقها في مرض الموت لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لا يحمل إن طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث عملا بقاعدة المعاملة [183]، بنقيض المقصود نشرة القضاء 44 ملف 41100 قرار 21 جويلية" 1986 حالة فرار الزوجة من

أن يورث زوجها وذلك بأن تكون هي مريضة مرض الموت وقد فوض إليها أمرها فان وقعت
الطلاق في مرض موتها تعتبر فارة من الميراث وتعامل بنقيض مقصودها ويرث زوجها وهي في عدتها فإن قصدت بالفرقة إبطال حقه رد عليها قصدها وثبت له الميراث ."[184]
وإذا طلق المريض مرض الموت زوجته ومات وهو في مرضه فان كان الطلاق رجعيا فالزوجة ترثه ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجه.
وان الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر الشارع هذا فرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصده بتوريثها منه.

---

[182]- احمد الغندور،**الطلاق في الشريعة الإسلامية**،مرجع سابق،ص(38

[183] - مسعود كمال،**مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري**،ديوان المطبوعات الجامعية،ديوان الجزائر، 1986 ،ص66.

[184] - المجلة القضائية لسنة1986 العدد 6.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقا بائنا صحيح الجسم حين إيقاعه الطلاق ترثه زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق ولاعتبار الطلاق تعسفا يشترط هنا توفر شرطين:
1-الطلاق بلا سبب مشروع.
2-إصابة الزوجة ببؤس وفاقة ولا تعويض مادام الطلاق رجعيا والمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا تكون إلا بعد انقضاء العدة الشرعية للمطلقة.
فتعويض الطلاق التعسفي لا يستحق إلا عند البينونة وانتهاء العدة ووجود معيل للزوجة قادر على الإنفاق عليها لا يسمح لها بطلب التعويض عن الطلاق وان قصر مدة الزواج او طوله لا علاقة له بادعاء التعسف.
ولا ترث الزوجة في ثلاث حالات:
الأولى:إذا طلقها رجعيا أو لم يطلقها وفعلت مع احد أصوله أو فروعه ما يوجب حرمة المصاغرة بغير تحريض من الزوج على ذلك لان الفرقة جاءت من قبلها.
الثانية :إذا اختلعت منه برضاها أو اختارت نفسها بالبلوغ أو وقع التفريق بينهما باللعنة ونحوها بناءا على طلبها لمجيء الفرقة من جانبها.
الثالثة :إذا أبانها وهو محبوس بقصاص أو محصور في حصن أو في صف قتال أو في وقت وباء أو هو قائم بمصالحه خارج البيت .[185]
أما في مصر، فقد عد المشرع المصري طلاق المريض واقعاً ،لكن زوجته ترثه إذا طلقها بغير رضاها ومات في عدتها فقد جاء في قانون المواريث المصري : تعتبر المطلقة بائناً في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدته .وفي هذا إتباع لمذهب الإمام أحمد بن حنبل في توريث المطلقة طلاقاً بائنا في مرض الموت من مطلقها ومخالفة لمذهب الحنفية.
اما القضاء المصري فله هو الآخر أحكام كثيرة في هذه الموضوع فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : مؤدى نص المادة 11 من قوانين المواريث رقم (77) لسنة 1943 ان المشرع الوضعي قرر أخذا بالمذهب الحنفي أن من كان مريضا مرض الموت وطلق أمرآته بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه والزوجة لا تزال في العدة فان الطلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره لأنه أهل لإيقاعه إلا أنها ترثه.
أما المشرع العراقي فقد ذهب إلى عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت ,والى ان الزوجة لا ترثه إذا مات من مرضه، حيث نصت المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية : "لا يقع طلاق الأشخاص الأتي بيانهم: المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة ,وترثه زوجته ".[186]

---

[185] - نبيل صقر ،**تصرفات المريض مرض الموت**، الجزائر دار الهدى ،2008.

[186] - احمد الغندور ،**الطلاق في الشريعة الإسلامية**،مرجع سابق،47

المطلب الثاني : :الإقرار بالنسب أو البنوة

وسنعالج الإقرار بالنسب أو البنوة في فقرتين نخصص الأولى لهذا الإقرار في ظل الفقه الإسلامي ونكرس الفقرة الثانية لهذا الإقرار في ظل القانون الوضعي.

الفرع الاول :الإقرار بالنسب أو البنوة في ظل الفقه الإسلامي:

الإقرار بالنسب هو أن يقر رجل أو امرأة لولد بأنه ابنه أو ابنها بشروط معينة وليس هناك فرق بين إقرار المريض والصحيح بالبنوة لان النسب لا يمتنع بسبب المرض كونه من الحوائج الأصلية كالمأكل والملبس والنفقة إذ أن علة تمييز تصرف المريض عن الصحيح هو تعلق حق الورثة والدائنين فإذا صح إقرار المريض للولد المقر بنسبة حق مشاركته سائر الورثة في ميراث المقر لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث يشارك بقية الورثة .[187]
ويقول شمس الدين السرخسي" : رجل له عبد في صحته واقر في مرض موته انه ابنه وليس له نسب معروف ومثله يولد لمثله فانه يرثه لان النسب من حاجاته وهو مقدم على حق ورثته في ماله فيثبت نسبه بالدعوة لكونه غير محجوز عنه ويكون بمنزلة ابن معروف له."
فإذا صح إقرار المريض للولد المقر بنسبه حق مشاركته سائر الورثة في ميراث المقر لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث فيشارك بقية الورثة ، ويثبت النسب بالإقرار ، سواء كانت زوجية المقر منه أم المقر له ثابتة أم لا ، وسواء كان يربطه بالأم عقد زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة ولا تقوم بينه وبينها أي رابطة من عقد بشرط أن لا يدعيه من الزنا . أما المرأة فانه يصح إقرارها بالوالدين والزوج وبالولد بشرط أن تشهد قابلة أو يصدقها الزوج وذلك لان القابلة حجة في تعيين الولد ، أما النسب ذاته فانه يثبت للفراش لقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم" : (الولد للفراش وللعاهر الحجر والزوج هو صاحب الحق).
فان صدقها فقد اقر به فلزمها بالإقرار منه."
وعليه ذهب الفقهاء المسلمون إلى صحة الإقرار بالنسب إذا توفرت شروطه ،ويقول الأحناف أنها أربعة هي:
1 _ فراش ضعيف،وهو فراش الأمة لا يثبت نسب ولدها إذا أدعاه بعدها.
2-فراش متوسط:وهو فراش أم الولد-اي الأمة التي ولدت لسيدها فجعلها أم ولد له-الذي يثبت به النسب بلا دعوى من السيدة ولكنه لا يثبت إذا نفاه.
3-فراش قوي:وهو فراش الزوجة حال قيام الزوجية أو عدتها من طلاق رجعي،فإن الولد يثبت بلا دعوى ولكنه ينتفي باللعان.
4-فراش أقوى:وهو فراش المطلقة بائنا،فإنه لا ينتفي باللعان إذ اللعان لا يكون إلا بين زوجين حال قيام الزوجية ولو حكما أي في عدة الطلاق الرجعي.اما اثبات الولادة فالولد يثبت نسبه لامه بولادته ولا يمكن نفيه بعد ذلك،ويثبت نسبه لأبيه إذا ولد على الفراش الصحيح .[188]

---

187 - الايباني،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.مرجع سابق،ص65 .

الفرع الثاني :الإقرار بالنسب أو البنوة وفقا لبعض التشريعات القانونية:

وقد تناول القانون الجزائري طرق إثبات النسب وذلك في المواد التالية من قانون الأسرة وسنتطرق لها بالشرح:

المادة: 40 يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

المادة: 41 ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

المادة: 44 يثبت النسب بالإقرار بالبنوة،أو الأبوة أو الأمومة،لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.

المادة: 45 الإقرار بالنسب في غير البنوة،الأبوة،الأمومة ولا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.أي يثبت النسب بالفراش والإقرار والبينة.[189]

والإقرار نوعين الأول إقرار بثبوت نسب المقر له منه ابتداء ثم يتعداه إلى غيره والثاني إقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ابتداء ثم يتعداه إلى نفسه.ومن هذا يتضح أن النوع الأول ليس فيه حمل النسب على الغير وأن الثاني فيه حمل النسب على الغير،لكل أحكامه،ثبوت النسب بالبينة إذ يثبت النسب بالبينة يقيمها المدعي على دعواه،وهذه البينة هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وهذا نصاب الشهادة في غير الزنا.وإنما اشترط في المادة 44 أن يكون الولد المقر به مجهول النسب لأن النسب الثابت لا يقبل النفي ولا يتحول من شخص إلى غيره،واشترط أيضا أن يكون فرق السن بيد الولد ومن ادعاه يتحمل هذه البنوة لأنه إذا كذب الحس لم يصح إقراره لاستحالته.

ولقد قضت المحكمة العليا ": ان المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح و الإقرار والبينة وشهادة الشهور ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له ونفيه قتلا له ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى الإثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا اخطئوا تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الإحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه."

كما قضت":حيث أن الطاعنة قدمت وثيقة مؤرخة في 06 :افريل 1997 أمام الموثق وبين الطرفين وتتضمن تصريح مطعون ضده بالزواج العرفي الذي تم مع الطاعنة في شهر أوت من سنة 1996 وكذلك إقراره بحمل الطاعنة أمام الشهود المذكورين في الوثيقة ورغم ذلك فالقرار المطعون فيه اعتمد فقط على عقد الزواج المؤرخ في 02 جانفي 1997 دون التطرق إلى ما ورد في هذه الوثيقة."

---

[188] -نبيل صقر،تصرفات المريض مرض الموت،مرجع سابق، ص(138

[189]- نبيل صقر، مرجع سابق، ص141 .

حيث أن القول بأن الإقرار لا يكون إلا أمام القضاء،تطبيقا للمادة 341 من القانون المدني،مع أن هذه المادة لا تطبق في قضية الحال التي يحكمها قانون خاص هو قانون الأسرة ولأن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة أحياء الولد.

حيث القول أيضا بأن الشهادة المؤرخة في 06 :افريل 1997 امام الموثق هي عبارة على صلح لا يجوز طبقا للمادة 461 من القانون المدني،ومع أن هذا الوصف للوثيقة لا يصح بل هي توثيق بشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة ورغم ذلك لم لم ينتبه قضاة الموضوع لوجوب سماع هؤلاء الشهود.

حيث أن المادتين 40 و 44 من قانون الأسرة تثبتان النسب بالإقرار دون تحديد بأي شكل يقع به هذا الإقرار الحمل في بطن امه .[190]

أما المشرع المصري قد نص على هذه الحالة في المادة (41) من قانون المواريث المصري والتي نصت على انه " : إذا اقر الميت بالنسب على غيره استحق المقر له التركة إذا كان مجهول النسب ولم يثبت نسبه من الغير ولم يرجع المقر عن إقراره . " يتضح من هذا النص أن المشرع المصري يشترط في هذه الحالة أن يكون المقر له حيا وقت موت المقر أو وقت الحكم باعتباره ميتا وإلا يقوم به مانع من موانع الإرث

كما ونجد تطبيقات قضائية في هذا الخصوص منها ما قضت به محكمة النقض المصرية " : ويلاحظ أن الإقرار حجة على المقر فقط وقاصرة عليه ولا يؤخذ به غيره وهذا هو ما استقرت عليه أحكام النقض."

وفي العراق ،فان المشرع العراقي قد عالج هذه الحالة في الفقرة الأولى من المادة52 من قانون الأحوال الشخصية على انه" : الإقرار بالبنوة ولو في مرض الموت المجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذ كان يولد مثله لمثله ."[191]

---

[190] -نبيل صقر ،تصرفات المريض مرض الموت،مرجع سابق،ص143 .

[191] - الابياني،الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،.مرجع سابق،ص(87 .

المبحث الثاني :

- احكام تصرفات المريض مرض الموت في امواله

إن أي شخص يمكن أن يتصرف في جميع أمواله لمن يريد وحرصه على أن لا يتجرد من ماله حال حياته فيجوز له أن يبيع أو يهب كل أمواله أو يعضها دون أن يكون لأحد حق مراجعته أو مجرد الاعتراض عليه،لأنه إنما يتصرف في خالص حقه وهذا هو شأن التصرفات التبرعية والعوضية(معاوضات)ولذلك رأت كل من الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات القانونية أن يرفض على تصرفات المريض مرض الموت قيودا سواء أكان التصرف تبرعا أو عوضا.

وهذا ما سنقوم بمعالجته في هذا المبحث مدرجين له مطلبين نذكر في اولهما التصرفات العوضية ونخصص المطلب الثاني للتصرفات التبرعية.

المطلب الأول:حكم مرض الموت على التصرفات العوضية.

عقد المعاوضة هو عقد بموجبه يعطي احد العاقدين شيئا مقابل الحصول على شيء أخر، وعقد البيع من أهم عقود المعاوضة، والمريض كقاعدة عامة غير ممنوع من التصرف معاوضة ما دام بثمن المثل لعدم وجود الضرر لكن المريض قد يبيع أو يشتري بغبن فاحش عندئذ يختلف الحكم ففي الفقه الإسلامي إذ ما باع رجل في مرض موته مال بأقل من ثمن المثل ثم مات مدينا وتركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري إبلاغ ثمن ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة فان لم يفعل فسخوا البيع ولو كان الغبن يسيرا سواء أجاز الورثة هذا البيع أو لم يجيزوه وهكذا الحكم فيما لو اشترى المريض مالا بأكثر من ثمن المثل أي أن للغرماء أن يستردوه منه ما زاد على ثمن المثل وان رفض فلهم فسخ البيع واسترداد الثمن [192].وسنعالج هذا من خلال، فرعين :

الفرع الأول:أحكام بيع المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية

إذا باع المريض شيئا من أعيان ماله فمثل هذا البيع قد يكون لأجنبي وقد يكون لوارث الأمر الذي يتطلب معالجة كلا من هذين الفرضين في نقطتين مستقلتين.

[192] - ياسين صالح عبد الكريم،أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الاسلامي والقانون،مرجع سابق،ص83 .

اولا :<u>بيع المريض مرض الموت لوارث:</u>

إذا باع المريض شيئاً من ماله لوارثه , فينبغي ان نفرق بين ان يكون المريض البائع غير مدين وبين أن يكون مديناً.

1 **:بيع المريض غير المدين ماله لوارث** .:ويوجد في هذه الصورة حالتان:الأولى:أن يقع بثمن المثل.والثانية:أن يقع البيع محاباة.

-الحالة الأولى:بيع المريض غير المدين ماله لوارث بثمن المثل:وقد إختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول:ذهب الإمام أبي حنيفة،إلى أنه إن باع المريض مرض الموت غير المدين ماله. لوارث بمثل القيمة(ثمن المثل)أو بما يتغابن الناس بمثله، فإن البيع يكون موقوفا على إجازة باقي الورثة،فإن أجازوه نفذ،وإن ردوه بطل،سواء أكان البدل مساويا لمثل القيمة أم كان فيه محاباة.

القول الثاني:ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والصحابيين من الحنفية إلى أن البيع في هذه الحالة يكون صحيحا نافذا،لأنه ليس إبطال لحق الورثة عن شيء مما يتعلق به حقهم،ومن المالية،فكان الوارث والأجنبي في ذلك سواء[193] .

(

والذي نراه،وهو وجوب الأخذ بقول جمهور الفقهاء،لان المريض غير ممنوع من البيع بثمن المثل لأجنبي باتفاق ،فكذا الوارث إذ لا فرق بينهما،إذ أن المؤثر في حكم البيع هو وقوعه بثمن المثل أو أقل منه وليس نوع أو صفة المشتري،فيصح البيع وينفذ متى وقع البيع بثمن المثل سواء كان المشتري أجنبيا أو وارثا،وهذا أيسر للمعاملات،وإن كان رأي الإمام أبي حنيفة أحوط،لأن الأعيان وإن اتحدت في القيمة،فإنها تختلف اختلافا كثيرا من حيث الأغراض التي يصلح لها كل منها.

-الحالة الثانية:بيع المريض مرض الموت غير المدين لوارث مع محاباة:وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:وبه قال الإمام أبو الحنيفة،أن البيع إذا تم مع محاباة يكون صحيحا لكنه على إجازة الورثة،فإن أجازه وتم اتفاقا،وإن ردوه بطل [194] ،ويرجح بعض الكتاب رأي أبو حنيفة بقولهم": أرى ترجيح ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة) رضي الله عنه (دفعاً لما قد يحدث من إيثار بعض الورثة بعين معينة من التركة ، فان الأعيان وان حلت قيمتها محلها إلا أنها تختلف اختلافاً كبيراً باختلاف إغراض استخدامها ."[195](

وقال الصاحبان:يخير المشتري الوارث بين أن يبلغ المبيع إلى تمام القيمة وعندها يسقط حق الورثة في الاعتراض،وبين أن يفسخ البيع.

---

[193]- حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،مرجع سابق،ص182 .

[194] حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،مرجع سابق-

[195] - حسن محمد بودي ، حقوق الغير في العقود المالية) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (، دار الجامعة الجديدة(للنشر،الإسكندرية ، 2004، ص219

القول الثاني:وبه قال الظاهرية وبعض الحنابلة واختاره ابن تيمية إن البيع في هذه الحالة باطل،فلا يصح مطلقا،لأن المشتري دفع الثمن في كل المبيع،والبائع لا يملك بيع الكل بهذا الثمن.
القول الثالث:وبه قال جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في المذهب،أنه إذا باع المريض مرض الموت ماله لوارث وحاباه في البدل،فقدر المحاباة يتوقف على إجازة

الورثة،فإن أجازوه،صح البيع ونفذ،وإن ردوه،بطل في قدر المحاباة فقط،ويصح البيع فيما عداها،لأن تلك المحاباة تأخذ حكم الوصية له،والوصية للوارث لا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة.
وخص المالكية هذا الحكم فيما إذا كانت المحاباة في ثمن المبيع،كما لو باعه بمائة ما يساوي مائتين مثلا،أما إن كانت المحاباة في عين المبيع،كأن يقصد إلى خيار ما يملكه فيبيعه من ولده،ففي هذه الحالة يكون لورثته نقض ذلك البيع،ولو كان بثمن المثل أو أكثر.
يتضح لنا من كل ما تقدم أن الرأي الراجح هو قول الإمام أبي حنيفة وأبي الخطاب من الحنابلة وهو أن بيع المريض غير المدين لوارثه أي عين من أعيان ماله يتوقف على إجازة باقي الورثة سواء أكان بيعه هذا بثمن المثل أو أقل منه أو أكثر , وذلك لان حق الورثة يتعلق بمال المريض صورة ومعنى إذا كان تصرفه مع وارث دفعاً للغضاضة عن باقي الورثة لان بيع المريض لوارثه شيئاً من أعيان ماله فيه إيثار له عن باقي الورثة ولو كان بمثل القيمة أو بأكثر منها .لان للناس في الأعيان إغراضا ومقاصد ، ومن حق الورثة أن يضمنوا عدم إيثار المريض لبعضهم على بعض بأعيان يختارها لهم ولو كانت بقيمتها أو بأكثر لان هذا يؤدي إلى الحقد والحسد ويثير في نفوسهم الضغينة والبغضاء ، وقد نهى الله – سبحانه وتعالى – عن ذلك .[196]

__ثانيا:__<u>بيع المريض المدين له لوارث</u>

إذا باع المريض المدين ماله لوارث ، فأما أن يكون دينه مستغرقاً لتركته وأما أن يكون غير مستغرق . وسنعالج هاتين المسألتين كالأتي:
حالة بيع المريض المدين بدين مستغرق لوارث:اتفق الإمام أبو حنيفة وأصحابه على أن المريض المدين بدين مستغرق إذا باع ماله لوارث بثمن المثل فان البيع صحيح نافذ على البدل المسمى ، و لا حق للدائنين في الاعتراض عليه لان حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها ، والمريض وان كان قد اخرج شيئا من ملكه بهذا البيع إلا انه قد ادخل فيه ما يقابلهمن الثمن المساوي لقيمته ، أما إذا كان في بيع المريض المدين محاباة للوارث في البدل فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بأجازة الدائنين . فان أجازوها نفذت وان ردوها خير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته , ولا اعتراض للدائنين، وبين فسخ البيع وأخذ دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكناً ، أما إذا تعذر لهلاك المبيع تحت يده وما أشبهه ، فيلزم المشتري بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .أما بالنسبة للوارث فان حقه متعلق بأعيان التركة وماليتها من قبل أن يكون العقار قد أستملك في عهد المورث ودفعت بيت المال أو

[196] - حسني محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،مرجع سابق، ص183، ص184 .

الدولة بدل استملاك للورثة فهذا حق للورثة في مالية التركة . وعليه فان حقهم لا ينحصر في الأعيان دون المالية ولا المالية دون الأعيان.
حالة بيع المريض المدين بدين غير مستغرق لوارث : إذا باع المريض المدين بدين غير مستغرق ماله لوارث ، فيخرج مقدار الدين من التركة ، ويحكم على البيع في القدر الزائد على الديون بحكم البيع فيما لو كان المريض غير مدين أصلا .[197]
وعليه، لما كان مرض الموت سبباً عادياً في الموت الذي به يتحقق العجز التام , وخراب الذمة بحيث لا تصلح لتعلق الدين بها , وبه يثبت خلافة الورثة في تركته وصار حق الورثة والغرماء متعلقاً بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض لان الحكم يستند إلى أدلة السبب.
ثانيا :بيع المريض مرض الموت لغير وارث
ويوجد في هذه الصورة حالتان:الأولى:أن يقع البيع بثمن المثل أو بغبن يسير يتغابن الناس به عادة،والثانية:أن يقع البيع بأقل من ثمن المثل،وهو ما يعرف عند الفقهاء بالمحاباة.
-الحالة الأولى:بيع المريض غير المدين لأجنبي بثمن المثل :اتفق الفقهاء من الحنفية,والشافعية ,والمالكية، والحنابلة والزيدية، والامامية ,والظاهرية، على أن المريض إذا باع شيئا من أعيان ماله لأجنبي بثمن المثل يتغابن الناس بمثله ، فبيعه صحيح نافذ على البدل المسمى ، لان المريض غير محجور عن المعاوضة المعتادة التي لا تمس حقوق دائنيه وورثته .[198]

-الحالة الثانية:بيع المريض غير المدين لأجنبي مع محاباة:وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:
القول الأول:إذا باع المريض شيئا من ماله لأجنبي وحاباه في الثمن،كأن باعه ما يساوي ألفا بخمسين،فإنه يجب النظر في المحابي به،فإذا كان في حدود ثلث التركة،نفذ البيع دون حاله إلى إذن الورثة،لأن المريض له أن يتبرع لغير وارثه بثلث ماله،والمحاباة نوع من التبرع.أما إذا لم يتسع الثلث للمحاباة،فيجب إجازة الورثة،فإن أجازها الورثة صح البيع ونفذ،لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه.وإن لم يجزها الورثة،خُير المشتري بين رد المبيعوأخذ ثمنه الذي دفعه،وبين أن يعطي الورثة الذي يتسع له الثلث.وهو رأي جمهور الفقهاءالحنفية والشافعية والحنابلة.
القول الثاني:وهو لعلماء المالكية [199]،وقد فرقوا بين أن يقصد المريض ببيعه ماله بأقل من قيمته بكثير نفع المشتري،وبين أن لا يقصد ذلك.فإن قصد نفع المشتري،فما نقص عن القيمة يعتبر محاباة حكمها حكم الوصية لأجنبي،تنفذ من ثلث ماله إن حملها الثلث،وتبطل في القدر الزائد على الثلث إن لم يجزها الورثة.وإن أجازوها جازت،وتكون ابتداء عطية منهم تفتقر إلى الحوز والوقت المعتبر في تقدير قيمة المبيع هو وقت البيع،ولا وقت موت البائع.
أما إذا لم يقصد ببيعه ماله بأقل من قيمته بكثير نفع المشتري،وكأن وقع منه ذلك جهلا في بيعه محاباة يحملها ثلث ماله ، فان بيعه صحيح نافذ على البدل المسمى عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والامامية والظاهرية.

---

[197] - محمد كامل مرسي ، الوصية تصرفات المريض ....،مرجع سابق ،ص327

[198] - حسني محمود عبد الدايم،مرض الموت وأثره على عقد البيع...،مرجع سابق، ص178 ،177 .

[199] - حسني محمود عبد الدايم،مرض الموت وأثره على عقد البيع...،مرجع سابق،ص180

أما إذا كانت المحاباة أكثر من ثلث مال المريض فقد اتفقت هذه المذاهب أيضا على أن هذا البيع صحيح نافذ على العوض المسمى إن أجاز الورثة القدر الزائد من المحاباة على الثلث لان المنع لحقهم وقد أسقطوه ، أما إذا لم يجزه الورثة فقد رأينا اختلاف الفقهاء في ذلك ولكن يمكن أن نخرج مماتقدم بما يأتي:

ا – إذا لم يكن البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية ، وهو قول الامامية ، فحكمه هو بطلان البيع في قدر الزيادة على الثلث ، ونفاذه فيما عداها إن كانت محاباة المريض بأكثر من ثلث ماله ولم يجزها الورثة ، ومنع المشتري الخيار بين فسخ العقد وبين اخذ ما سلم له مقابل ما دفعه من الثمن ، وما جاز له من المحاباة التي حملها الثلث وذلك لان فيه مراعاة لحق الورثة المتعلق بثلثي مال المريض ولخلوه عن إجبار الورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عارض به مورثهم ولمراعاته لحق المشتري بتخييره بين فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه أو القبول به في القدر الذي سلم له من المبيع ولعلاقته من الإيراد عليه.

ب – إذا كان البدلان من جنس واحد من الأموال الربوية غير الثمنين ، وهو قول الحنفية والحنابلة وفريق من الامامية , فحكمه هو أن ينسب ثلث ماله إلى المحاباة ويصح البيع بقدر النسبة ، ويكون المشتري بالخيار بين فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه ، وبين القبول به في القدر الباقي لان القول برد المشتري قيمة الزيادة من المحاباة على الثلث إلى الورثة ليسلم له كل المبيع كما ما ذهب إليه من الشافعية ومن وافقهم المؤدي إلى ربا الفضل فكان تصحيح البيع بقدر هذه النسبة فيها منجى أو الخلاص من الوقوع في الربا.

ثانيا:بيع المريض المدين ماله لأجنبي :إذا باع المريض المدين ماله لأجنبي ، فقد فرق الحنفية في حكم بيعه بين ما إذا كان دينه مستغرقا لماله أو غير مستغرق،لذا سنوضح هذين الحالتين كما يأتي:

حالة بيع المريض المدين بدين مستغرق لأجنبي : إذا باع المريض شيئاً من ماله لأجنبي بثمن المثل وكان مديناً بدين مستغرق فأن البيع صحيح ونافذ على العوض المسمى ولا حق للدائنين في الاعتراض عليه ، لان حقهم متعلق بمالية التركة لا بأعيانها، [200]

والمدين وان كان قد اخرج شيئا من ملكه بهذا البيع إلا انه قد ادخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي لقيمته.

أما إذا كان في البيع محاباة للمشتري فلا تنفذ المحاباة سواء أكانت قليلة أم كثيرة إلا بإجازة الدائنين لتعلق حقهم بماله فان لم يجيزوا خُير المشتري بين أن يبلغ المبيع تمام قيمته ولا اعتراض للدائنين عليه إذا لا ضرر يلحقهم وبين فسخ العقد واخذ ما دفعه من الثمن إن كان الفسخ ممكناً . أما إذا تعذر الفسخ كما إذا هلك المبيع تحت يده أو أخرجه من ملكه ألزم بإتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة .كما وجاء في المادة (361) من مرشد الحيران " : إذا باع المريض لأجنبي شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان مديوناً بدين مستغرق لماله فلا تصح المحاباة سواء أجازته الورثة أو لم يجيزوه ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون ، فان شاء أبلغ المبيع تمام القيمة , وإلا فسخ البيع . فان كان قد تصرف في المبيع قبل فسخ)تلزمه قيمته بالغة ما بلغت ."[201]

---

[200] - ياسين صالح عبد الكريم،أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون،مرجع سابق،ص79 .

[201] - ياسين صالح عبد الكريم،أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،مرجع سابق،ص80 .

حالة بيع المريض المدين بدين غير مستغرق لأجنبي: اذا باع المريض شيئا من ماله لأجنبي بثمن المثل وكان مدينا بدين غير مستغرق لماله ، صح البيع ونفذ على البدل المسمى .أما إذا كان فيه محاباة ، فيخرج مقدار الدين من التركة ويأخذ هذا البيع حكم البيع فيما لو كان المريض غير مديون أصلا بالنسبة للمبلغ الباقي بعد الاخراج .[202]

الفرع الثاني : أحكام بيع المريض مرض الموت وفقا للقانون المدني الجزائري

كما في الشريعة الإسلامية، التصرفات المنجزة، سواء أكانت إنشائية أم إخبارية الصادرة في حال الصحة، تنفذ من جميع مال المتصرف، و سواء أكانت لوارث أم لغير وارث، بمقابل أم بغير مقابل.

ولا مانع يمنع شخصا من أن يبيع لأحد ورثته بيعا منجزا في أثناء حياته كل تركته أو بعضها، سواء أ كان ذلك بعوض أم بغير عوض، ما دام هذا التصرف كتب في صورة عقد مستوف للشروط القانونية، و ما دام المتصرف متمتعا بكامل صفات الأهلية للتصرفات بالبيع الذي يستر تبرعا صحيحا متى كان التصرف منجزا غير مضاف إلى ما بعد الموت، و لا يمكن أن يعتبر وصية.[203] و إذا كان التصرف مضافا إلى ما بعد الموت، و هو الوصية، فلا ينفذ إلا من ثلث المال، لا من جميعه، سواء أكان صدوره في حال الصحة أم في حال مرض الموت.[204]

و لما كانت حرية الإيصاء مقيدة من ناحيتين، فهذا التقييد يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون، فهم يلجئون إلى إضفاء صفة المعاوضة على التصرف الحقيقي التبرعي في مرض الموت، و بذلك يسترون وصياهم تحت اسم عقد البيع [205]، فيجري المريض مرض الموت تصرفه بالبيع و له أحكام خاصة لافتراض شبهة انعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كوصية أو هبة، لا سيما إذا ما تم للوارث فخصه المشرع بأحكام خاصة

---

[202] ـ الأبياني،شرح الأحكام الشرعية،مرجع سابق،ص(326 .

[203] ـ د.عبد الحكم فودة–المرجع السابق–ص71

[204] ـ د.عبد الحكم فودة– المرجع السابق–ص61.

[205] ـ أ.محمودي عبد العزيز– المرجع السابق–ص72.

تختلف عما ورد بقرينة التصرف بالتبرع في مرض الموت حسب المادة 776 مدني جزائري[206].

غير أننا نركز على حالة البيع في مرض الموت، لما للبيع من أهمية عملية، و أن المريض عادة ما يقر أنه قبض مقابلا حتى و أن أقر بالثمن صوريا وهذا خلافا للواقع [207]، زيادة عن الدراسة الشكلية و الموضوعية للمواد القانونية المطبقة ومنها 408 و 409 قانون مدني في هذا الفرع، و عليه سنتطرق في دراسته إلى ثلاث نقاط :

اولا : حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه.

ثانيا : حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه و ممن لا وارث له.

ثالثا : حماية الغير حسن النية.

اولا :حكم بيع المريض مرض الموت لوارثه

تنص الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني: " إذا باع المريض مرض الموت رثه فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا اقره باقي الورثة ".

وعلى حكم هذه الفقرة فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين عاقديه، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا اقروه [208]. والمقصود بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المريض المورث وليس وقت البيع وهذا خلاف لنص المادة 408 من القانون المدني التي لم تبين بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة الموروثة.

---

206 - أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق-ص87

207 - أ.محمودي عبد العزيز- المرجع السابق-ص73.

208 - و إن لم يجيزوه بطل، و البطلان هنا نسبي، و تصححه الإجازة. يرجع سبب البطلان إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تجيز الوصية لوارث إلا إذا أجازها باقي الورثة، فالبيع لوارث البائع في أثناء مرضه يعتبر مخفيا لوصية و ما إلتجئ إلى البيع إلا للتهرب من شرط الإجازة، فاشترط وجوب الإجازة حتى لو حصلت في صورة عقد بمقابل. أنظر بتفصيل ل.د.عبد الحكم فودة –المرجع السابق –ص 98.

وبذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع، وتحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض وعدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته، لأن صفة الوارث تتحقق بها، وأن حقه تعلق بأعيان التركة و من ثم استمد حقه في الطعن[209].

لأن عدم نفاذ البيع من المريض مرض الموت لغير وارثه هو مظنة ستره لهبة، و في غالب الأحوال يكون البيع في مرض الموت هبة في صورة عقد بيع، و حكم الهبة الحاصلة في مرض الموت في الشريعة الإسلامية هو حكم الوصية، إذ أنها في معنى الوصية و يجب فيها اعتبار وقت وفاة المورث لمعرفة صفة من حصل له التصرف أهو وارث أم لا.[210]

فالمشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع ولم يقل بإجازتهم له وهو مصيب في ذلك لأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال وتصدر من أطراف التصرف ولا تلحق العقد الباطل بطلانا مطلقا، فلا تصحيح عليه فهو في حكم العدم.[211] وأن الإجازة تكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد ولمن عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال حين زوال السبب.[212]

ويجب أن نفرق بين إقرار الورثة للبيع وحالة عدم إقرارهم له، حتى يمكن تحديد أثار وأحكام هذا البيع.

1: حالة إقرار و قبول الورثة للبيع:

على ثبوت حق الورثة في الإرث بعد وفاة مورثهم، يمتلكون إقرار البيع من مورثهم حال مرضه، و يشترط لصحته إقرار الورثة زيادة على صدوره بعد الموت ما يشترط لأي تصرف تبرعي آخر فيجب أن يكون الوارث المقر للبيع أهلا للتبرع عاقلا بالغا راشدا، تحت طائلة بطلان إقراره بطلانا مطلقا و على ذلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي، أو المجنون أو المحجور عليه، أو ثبوت حالة مرض موت في المقر نفسه.

---

209 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص88

210 - د.عبد الحكم فودة –المرجع السابق-ص103

211 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق-ص88

212 - الدكتور.علي علي سليمان –النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري –ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر الطبعة الثالثة 1993–ص82.

واعتمادا على ما تقدم فلا عبرة بإقرار الورثة السابق لموت مورثهم و لو دونوه كتابة على أساس أن لا حق لهم مطلقا على مال مورثهم إلا من يوم الوفاة.[213]

كما يشترط أن يكون الوارث المقر عالما بأن تصرف مورثه غير نافذ في حقه بسبب صدوره في مرض الموت وأنه يملك التمسك بعدم نفاذه وعدم إقراره. وإلا كان الإقرار ذاته قابلا للإبطال[214]. و يجب أن يقع الإقرار بأعمال إيجابية، فعدم القيام بعمل أو السكوت لا يعتبران دليلا على إقرار البيع الحاصل لوارث أثناء مرض الموت.[215]

فإذا تم الإقرار بشروطه أعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة كما لو صدر التصرف من مورثهم في حال صحته.[216]

و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها : " من المقرر قانونا أنه إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقرن باقي الورثة و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون"[217].

2: عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث.

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم و هو في مرض موته إلى وارث منهم، كان لبعضهم أن يجيزه دون الباقي منهم و هم يستعملون خالص حقهم في ذلك، و يستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض.
و قد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: " من المقرر قانونا أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث، لا يكون نافذا إلا إذا اقره باقي الورثة.

ولما تبين من قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوما، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون. فإنه استوجب النقض"[218].

---

[213]- أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق–ص89
[214] - د.سليمان مرقس–المرجع السابق–ص573
[215] - د.عبد الحكم فودة–المرجع السابق–ص101
[216] - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق–ص89
[217] - قرار رقم 62156 مؤرخ في 1990/07/09، عن الغرفة المدنية–منشور في المجلة القضائية–العدد 3 لسنة 1999–ص68

وبهذا فإن البيع ينفذ في حق من أقروه فقط و بنسبة أنصبتهم في الميراث، ولا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضا، ولهم أن يرفعوا دعوى ببطلان البيع الذي أجازه مورثهم في مرض موته وعدم نفاذه في حقهم بمقدار أنصبتهم و يجب أن يثبتوا حالة المرض.[219]

و يلاحظ أن نص الفقرة الأولى من المادة 408 مدني جزائري، هو نص معيب بحيث أنه لم يحذو فيه حذو القوانين العربية الأخرى وبالأخص القانون المدني المصري، فلم يبين البيع المقصود في هذه الفقرة، ولم يذكر الفرق بين ما إذا كان البيع بمثل القيمة أو بأقل منها أو بدون ثمن أصلا هذا من جهة.

ومن جهة أخرى لم يذكر الجزء المحابى به، و هو كما ترى الشريعة الإسلامية مالا يجاوز ثلث التركة، و يكون البيع في هذه الحالة صحيحا حتى و لم يجزه باقي الورثة.

ولعل المشرع الجزائري قد قصد في هذه الفقرة البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجدي الذي يكون بمثل القيمة أي دون محاباة، و قد أبدى ذلك في المادة776 قانون مدني، التي يفهم منها أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية هو البيع المنطوي على التبرع لا البيع الجدي.[220]

ثانيا :حكم بيع المريض مرض الموت لغير وارثه

تبعا للحكم المعمول به في قانون الأسرة ، و الذي يفرق بين الوصية للوارث و لغير الوارث، فقرت المادة 408 المتعلقة بالبيع في مرض الموت كذلك، وجاءت الفقرة الثانية من هذه المادة تبين أحكام البيع لغير الوارث بنصها [221]: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال".

---

218 - قرار رقم 139123 مؤرخ في 1996/07/09،عن غرفة الأحوال الشخصية، منشور في المجلة القضائية–العدد2 لسنة1996،ص80.

219 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق–ص90.

220 - أ.عامر رشاد السيد–المرجع السابق–ص72.

221 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص 90.

ويبدو من ذلك أن المشرع الجزائري قد جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال ما لم يكن مصادق عليه[222].

إذن جاء حكم المادة 2/408 في حالة ما إذا تم البيع لغير الوارث، بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني إطلاقا " ...غير مصادق عليه ..." ولا ندري أي معنى قانوني يقصد المشرع من ذلك، بل أن المشرع و على خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمصري لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة ، بل جاء حكمه عاما من أن البيع قابلا للإبطال لمصلحة الوارث.[223]

كما أن حالة البيع في مرض الموت لمن لا وارث له، فإن فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست بأحكام الأهلية ولا الحجر عليه،و إنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث و رجحان شبهة الشك والريبة في المريض.

ومن ثم فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة و لو تناولت جميع ماله، بشرط أن لا يكون دينه مستغرقا لأمواله. [224]

تقدير نص المادة 408 من القانون المدني:

تنص المادة 408 من القانون المدني :" إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ".

جاء هذا النص في عقد البيع تطبيقا للحكم العام المنصوص عنه بالمادة 776 من القانون المدني.

222 - أ.عامر رشاد السيد إبراهيم – المرجع السابق–ص72.

223 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص 91.

224 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص 92

يثير تطبيق نص المادة 408 مدني إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي، وفي الأساس بين القانون المدني وقانون الاسرة [225]، ولأجل هذا يعتبره بعض فقهاء القانون الخاص نصا معيبا خالف به المشرع الجزائري معظم التشريعات العربية الأخرى، كالمصري مثلا، لذا لابد أن نقنن أحكام الفقه الإسلامي في بيع المريض مرض الموت، حتى تتم إقامة التوازن بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبصدد هذا النص وجه أستاذنا الدكتور علي علي سليمان انتقادات لاذعة و دقيقة لنص المادة 408 من القانون المدني [226]لتكون محل اعتبار في ذهن المشرع الجزائري لتعديل النص على مقتضاها.[227]

و نذكر في هذا النص ما يلي:

-1-إن النص بالنسخة الفرنسية أتت فيه بشرط لم يرد في النص العربي، فاشترطت أن يتم البيع في فترة حدة المرض واشتداده (dans la période aiguë)، في حين أن أحدا من فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقل بهذا الشرط.[228]

-2-إن نص هذه المادة 408 فرق بين البيع لوارث وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة والبيع لأجنبي و جعله قابلا للإبطال. بموجب نص المادة 2/408 بنسختها العربية:" أما إذا تم البيع للغير... يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا لإبطال". أما نسخة النص الفرنسي :" est présumée avoir été faite sans consentement valable".
فعن النص العربي كان أساس القابلية للإبطال يعود إلى أن البيع غير مصادق عليه. أما

---

[225] - الدكتور علي علي سليمان —ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري–ديوان المطبوعات الجامعية–سنة1993–ص182.

[226]- د.زهدور محمد–. زهدور محمد،الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية،الجزائر،المؤسسة الوطنية للكتاب،1991

[227] - المحكمة العليا–قرار مؤرخ في 1985/06/24–المجلة القضائية–العدد 2 لسنة 1990، الصفحة151 جاء فيه:"...فإشتداد المرض ميزة مرض الموت لأنه من العادة أن الإشتداد ينتهي بالموت فعلا وهو أمركان من المفروض أن يبقى أمره إلى تقدير قضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا بشرط استساغة الدليل وتسبيب الحكم تسبيبا كافيا".

[228] - أ–محمودي عبد العزيز– المرجع السابق ص 94–95.

النص الفرنسي فإنه يبني أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا، والإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب.

إذا كان من الثابت قانونا أن عيوب الرضا هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال ونقص الأهلية للقصر، فإنه على خلاف ذلك تماما [229]لم يقل أحد من علماء الشريعة الإسلامية، أن تصرف المريض مرض الموت يتوقف على إجازة الورثة لأحد هذه العيوب. وإنما قالوا أنه يتوقف على إجازتهم لأن حقوقهم قد تعلقت بثلثي التركة، فليس له أن يمس هذه الحقوق ولذلك اعتبرهم القانون المدني من الغير بالنسبة إلى مورثهم[230].

وبهذا تكون النسخة الفرنسية للنص ذات عيب موضوعي به، يخرج من أحكام مرض الموت ولعل الدرجات القضائية الدنيا في كثير من الأحكام لها تعمل بهذا النص، ولأجل ذلك يصرح قضاة الموضوع من أن مرض الموت يتعلق بعيب في الإرادة.

-3-إن البيع في نص المادة 408 يعتبر وصية وتجري عليه أحكام الوصية، وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بحكم (لا وصية لوارث) مع أنه غير متفق عليه، ولم يأخذ به المشرع المصري. فلماذا لم يعتبر البيع لأجنبي وصية أيضا و يعلق نفاذها على إقرار الورثة فيما يجاوز الثلث؟ [231]

-4- بموجب الحكم الذي جاءت به المادة 408 قانون مدني، يتوقف التصرف للوارث على إجازة باقي الورثة وعلى قابلية التصرف للغير للإبطال، وهو حكم غير صحيح على إطلاقه وهذا لاختلاف الجانب الموضوعي للمادة 2/408 مدني عما هو مكرس بالمادة 185 قانون أسرة التي تنص على أنه :" تكون الوصية في حدود الثلث ، و ما زاد على الثلث توقفت على إجازة الورثة ". ففي الوصية لغير الوارث تتفق القوانين الوضعية مؤيدة بإجماع الفقه

---

229 - - د.زهدور محمد- المرجع السابق- ص135.

230 - حكم محكمة البليدة –قسم الأحوال الشخصية-المؤرخ في 1998/11/28 تحت رقم 98/433 جاء فيه: " حيث أن المدعيان دفعا أن مورثهم أصبحت معتوهة غير أنه لم يقدما للمحكمة ما يثبت ذلك خاصة أن المحكمة التي قضت قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير لفحص الواهبة للتأكد و تحديد قدرتها العقلية و النفسية و لم يتم ذلك فلا يمكن الأخذ به بعين الاعتبار و عليه يتعين استبعاده".

231 - د.زهدور محمد- المرجع السابق- ص134.

الإسلامي على أنها تنفذ الوصية في حدود الثلث دون إجازة الورثة ، و على ذلك فإن نص المادة 2/408 خاطئ موضوعا و متعارض مع نص المادة 185 من قانون الأسرة ، و مخالف لإجماع الفقه الإسلامي و من ثم وجب تعديله لأنه ليس صحيحا أن الوصية للغير في حدود الثلث قابلة للإبطال.[232]

-05-من القواعد القانونية المقررة أن الحق في الإبطال شرع لمن لحق رضاه عيب من عيوب الرضا[233]، فلو فرضنا جدلا أن رضا المريض كان غير صحيح كما تقول النسخة الفرنسية ، فإن رضاءه يكون مشوبا بنفس العيب حين يتصرف لأحد ورثته ولا تصححه

إجازة الورثة الآخرين، لأن من شرع الإبطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع أن يتنازل عنه أو يبطل أعمال أو يجيز التصرف القابل للإبطال.[234]

-06-إن الحق في الإبطال لا ينتقل إلى ورثة المريض لأنهم ليسوا خلفا عاما في هذه التصرفات الصادرة عن مورثهم في مرض الموت، إذا رجعنا إلى مذهب الإمام مالك الذي يعمل بمذهبه رسميا بالجزائر، وجدنا أن الوصية لازمة بعد وفاة الموصي ولا يجوز إبطالها أو تعديلها أو الرجوع فيها إلا حال الحياة، وعلى ذلك فليس للورثة الحق في طلب إبطال تصرف ما.

و تبعا لهذه الأسس السابقة فإنه لا مجال للقول بقابلية الإبطال، و إنما مدار الحديث حول نفاذ الوصية أم لا، ومن ثم وجب تطبيق أحكام المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة، في جوزا نفاذ الوصية للوارث أو للغير في ثلث مال التركة.[235]

-07-إذا صح طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 408 أن الوصية لوارث تتوقف على إجازة بقية الورثة،فيترتب على ذلك أنهم إذا لم يجيزوها لم تنفذ دون أن يكون لهم الحق في طلب إبطالها، أي أن موقفهم في حالة عدم الإجازة سلبي[236].

---

[232]- أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق–ص96.

[233] - أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق–ص96

[234] - د.زهدور محمد– المرجع السابق- ص135

[235] - أ.محمودي عبد العزيز– المرجع السابق –ص97

و قد عرضنا هذه الانتقادات لتكون الأمور واضحة، و مفاد ذلك أنه يجب تعديل النص ليتفق مع النصوص العربية الأخرى كالتشريع المصري.

ولأجل ذلك تم اقتراح تعديل صياغة المادة 2/408 المنتقدة من طرف الدكتور علي علي سليمان على النحو التالي: " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف، فإنه ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة". و بهذا التعديل يستقيم ويتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة على أن تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي.[237]

ثالثا : حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت

قد يكتسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث و قد يقع أن يقوم بشهره و يطمئن إلى ذلك، كما يقع أن يتصرف مشتري المبيع من المريض مرض الموت إلى أخر بالبيع أو يرتب له حقا عينيا عليه ، كمن لو باعه من شخص ثالث أو رهنه لديه، و غالبا ما تمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت و بين وفاة المتصرف. فباستعمال حق الورثة المتضررين في الإبطال يتهدد مركز الغير، و من ثم استقرارا للتعامل وتحقيقا للمصالح وجب حماية هذا الغير، وذلك بإعمال أحكام قانونية تحقق ذلك.

لقد ظهر أن تطبيق حكم المادة 408 من القانون المدني السابقة يوجب عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، فإذا لم يقر الورثة التصرف بالبيع ، واستعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر المحابى به الذي يجاوز ثلث التركة وقت الوفاة، كان لهم استرداد ولو من الغير الذي تلقى ملكية المشتري و على هذا يضار الغير بتطبيق أحكام المادة 408 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت، و يحدث أن يكون الغير حسن النية و تلقى المبيع بعوض، فإن تطبيق هذا النص السابق من شأنه إلحاق بالغ الضرر

---

[236] - د.زهدور محمد – المرجع السابق-ص136.

[237] - د.علي علي سليمان –ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري-مرجع سابق-ص 133.

به و لكن العدالة تستلزم حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من جراء تطبيق هذه القواعد .[238]

و بذلك عنيت المادة 409 من القانون المدني بذلك و التي تنص :" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع ".

ونتطرق إلى تفصيل **هذه المسألة في نقطتين**:

أولا: شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 قانون مدني:

الشرط الأول: يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض.

تنص المادة 409 من القانون المدني :" لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية ...قد كسب بعوض..." . حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بموجب المادة أعلاه، يجب أن يكون اكتسابه للمبيع بعوض [239]، و إلا فإن الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا، بحيث يجوز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له و أن يستوفوا منها حقهم، و ذلك ما لم تكن العين منقولا و قد حازه المتبرع له بحسن نية.

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعا، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ، و لا يبقى لهم في هذه الحال إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض[240].

الشرط الثاني: يجب أن يكون الغير حسن النية.

تبعا لنص المادة 409 السابقة فإنها تشترط حسن نية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم تلك المحاباة الواقعة بين بائعه و بين المريض، و العلم يجب أن يكون عند الشراء فلا يكفي أن يكون بعده ، و بذلك لا سبيل للورثة لإبطال حق مكتسب. [241]

---

[238] ـ أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق–ص98-99 .

[239] ـ أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق–ص100

[240] ـ د.عبد الحكم فودة –المرجع السابق –ص129.

فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري لم يجز نزعها منه، و إذا كان قد ترتب له حقا عينيا تبعيا على الشيء المبيع استرد الورثة ملكية المبيع من المشتري مشتملة بهذا الحق الأخير لمصلحة الغير.[242]

ثانيا: أحكام حماية الغير حسن النية:

بتوافر الشروط الموضوعية لحماية الغير يجب مع ذلك أن يكون هناك موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 مدني و الضرر الحاصل بالورثة مستعملي حق الأبطال المقرر لهم قانونا، وبهذا تطرح مسألة مصير الورثة.

إن حق الورثة في إبطال العقد عندما يكون الغير سيئ النية بحيث يعلم أنه يتعامل مع المريض مرض الموت ، وفق ملابسات و قرائن ثابتة و ماعدا ذلك فلا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة بموجب المادة 409 من القانون المدني، غير أن الورثة محميين في وجه المشتري الأول – من المريض - من خلال عدم إجازة البيع و إبطاله.

إلا أنه يرى بعض الفقهاء و منهم الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، بأن للورثة إلزام المشتري الأول بتكملة الثمن إلى حد الذي لا تتجاوز فيه المحاباة ثلث التركة و هذا تطبيق للقاعدة: " إذا تعذر الأصل يرد إلى البدل" ، و لما كان الحق الأصلي هو الإبطال فإذا تعذر لخروج المال المبيع من يد المشتري إلى آخر حسن النية، جاز لهم رفع دعوى تكملة الثمن مع التعويض عند الاقتضاء ، و لعل إعمال نص المادة 124 المدني التي تنص : " كل عمل أيا كان ، يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ، و منطق العدالة يقتضي ذلك.[243]

من خلال ما تقدم من بيان أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري و بعض القوانين الأخرى و بالخصوص القانون المصري ، نخلص إلى أن هذه

---

[241] - د.عبد الحكم فودة –المرجع السابق –ص129.

[242]- د.سليمان مرقس –العقود المسماة –عقد البيع-المرجع السابق-ص575.

[243] - أ.محمودي عبد العزيز – المرجع السابق-ص100-101.

القوانين كانت أكثر احتياطا للورثة و لم تشر لا من بعيد و لا من قريب إلى حماية حقوق الدائنين و إمكانية طعنهم في تصرفات المريض ، ولعل المشرع قد قصد به بذلك الرجوع فيها إلى القواعد العامة.

المطلب الثاني:حكم مرض الموت في التصرفات التبرعية

ان الوصية والهبة من أهم المسائل التي قد يتصرف فيها المريض مرض الموت في حال مرضه ضمن التصرفات التبرعية ولذلك فرض المشرعون في اكثر البلدان قيودا على الحق في الايصاء وإذا أراد أي شخص أن يتصرف إلى غيره تبرعا بكل ماله أو بما يجاوز عن القدر الجائز الايصاء به لم يكن له من سبيل إلى ذلك إلا أن يهب غيره أو يوصي له بهذا المال حال حياته فينفذ هذا التصرف في حقه أولا،ثم في حق ورثته من بعده،وهذا ماسنعالجه في هذا الفرع من خلال ثلاث ثلاث نقاط .

الفرع الاول:الوصية في مرض الموت

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض،وقد عرفها الفقهاء بأنها : هي ما أوجبه الإنسان في ماله بعد موته،أو مرضه الذي مات فيه .[244]
ويلزم بنا معالجة الوصية في مجال مرض الموت في ضوء كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فنخصص فقرة مستقلة للوصية في ظل الفقه الإسلامي وفقرة أخرى للوصية في ظل القانون الوضعي.

1 :الوصية في ظل الفقه الإسلامي:

لقد وردت عن الوصية آيات عديدة في الكتاب الكريم منها قوله تعالى ***:"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم."***[245]
وقوله تعالى ***:"يا أيها الذين امنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ".***[246]
وعرفها الكاساني :بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت،وقال الكرخي بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه.
.كما عرفها ابن عابدين أنها" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"وهو أصح التعريفات واشملها باعتباره تعريفا جامعا مانعا يشمل كل شيء يوصى به الشخص بعد وفاته كما يشمل قيام الوصي على أولاده الصغار ورعايتهم.[247]

---

[244] - حسن على الذنون ,النظرية العامة للالتزامات ,مطبعة دار الحرية ,بغداد , 1976 ,ص25 .
[245] - سورة المائدة ، الاية 106.
[246] - سورة البقرة ، الاية 180.
[247] - محمد أبو زهرة،الوصية في القانون المدني والشريعة ،مرجع سابق،ص11

وعليه فان الفقه الإسلامي قد أورد تعريفات وأحكاما كثيرة للوصية فقد عرفت بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع اما بالنسبة لأحكامها فإنها لا تختلف بين ما إذا صدرت في حالة الصحة أو صدرت في مرض الموت على ما ذهب إليه الفقهاء هذا إذا كان المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور.

ومما نقل إلينا في هذا الشأن هو انه : وما وصى به من التبرعات يعتبر من الثلث سواء وصى به في الصحة او المرض .(وانه):ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة [248] او انه وبناءعلى ذلك لم يختلف الفقهاء المسلمون في الوصية للأجنبي من حيث [249] جوازها له بشرط عدم زيادة مقدارها على الثلث في حالة وجود الوارث، واذا زادت على الثلث يقتضي إجازة الورثةً .[250]

فالوصية بما يزيد على القدر الذي يجوز الايصاء به لا ينفذ إلا إذا أجازها باقي الورثة سواء أكانت وصية حقيقية أم كانت وصية صورة او وصية معنى اوتصرفاً فيه شبهة الوصية فمثال الوصية، الحقيقية أن يقول وصيت لفلان داري بعد موتي او أوصيت له بها، ومثال الصورة بيع المريض شيئاً من أعيان التركة، ومثال الوصية ,معنى الاقارير، ومثال الشبهة ما إذا باع المريض الحنطة الجيدة بالرديئة فانه لا يجوز لان فيه شبهة الوصية بالجودة.

ومن ذلك نرى أن الوصية بأكثر من الثلث لا تكون نافذة إلا بإجازة الورثة،فإذا امتنع الورثة عن الإجازة بطلت الزيادة ونفذت في الثلث سواء كان الموصى له وراثاً أو غير وارث.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في جواز الوصية للوارث، فقال بعضهم بان الوصية للوارث باطلة مطلقاً سواء أجازها الورثة أو لم يجزها الورثة وسندهم في هذا حديث النبي محمد صلى الله عليه وسلم :***"لا وصية لوارث "***

وذهب البعض منهم إلى أن الوصية لوارث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة وذلك لحديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم ***"لا وصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة" .***

وقال آخرون بصحة الوصية للوارث "إذا كانت في حدود الثلث من دون حاجة أو توقف على إجازة".[251]

ويشترط في صحة الإجازة أن يكون المجيز من أهل التبرع فان لم يكن كذلك فلا تصح إجازته وينبني على ذلك أن إجازة كل من الصبي والمجنون والمعتوه غير معتد بها لان كلاً منهم ليس أهلا للتبرع وكذلك المحجور عليه لسفه ومثله المريض مرض الموت ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلثي ماله فقط لحق الورثة اعتبرت إجازته نافذة من الثلث وحينئذ ينظر إلى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب إجازته فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت الإجازة وان لم تجزها ورثته فان تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازتهم فان أجازوا نفذت لان المنع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المنع هذا إذا كان المجاز له غير وارث له فان كان فلا تنفذ إلا بالإجازة ولو قل المجاز لابد من التوضيح انه لا ميراث و لا وصية إلا بعد وفاء الديون، فالثلث الذي ينفذ فيه الوصايا إنما هو ثلث المتبقي

---

[248] - احمد ابراهيم،الهبة والوصية وتصرفات المريض مرض الموت،مطبعة العلوم،القاهرة، 1993 ،ص316

[249] - محمد كامل مرسي،الوصية وتصرفات المريض مرض الموت،المرجع السابق،ص59

[250] - محمد زيد الابياني،الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،مرجع االسابق،ص277, 278.

[251] - أحمد إبراهيم،الهبة والوصية وتصرفات المريض،مرجع السابق،ص279

قبل ذلك تجهيز المتوفى ونقله إلى مثواه الأخير وبعد سداد الدين فإذا كانت هناك وصية لغير وارث نفذت من الثلث وإنها لا تتوقف على إجازة الورثة إذا لم يكن مديناً، فان كان مديناً تتوقف على إجازة الدائن إن كان مستغرقا لتركته وعلى إجازة الورثة إذا بقى مال بعد سداد الدين ولا يخرج مما اوصى به من الثلث الباقي لان سداد الدين مقدم على نفاذ الوصية رغم تقدم الوصية بالذكر في القرآن الكريم على الدين إلا أن السنة النبوية والإجماع قد جريا على تقديم الدين على الوصية لان الدين واجب والوصية تبرع وكل تبرع مباح في حدود قواعد الشرع الشريف والواجب يقدم على التبرع .والحقيقة أن أحكام الوصية للوارث والأجنبي أنماشرعت في حالتي الصحة والمرض مادام المريض ثابت العقل كامل الإدراك والشعور أي
ليس هناك اختلاف في حكم الوصية التي تصدر عن الشخص الذي مات اثر مرض أوصل إلى الموت.[252]
إن لوصية المريض فرضين فرض أن يكون المريض غير مدين وهذا إما أن لا يكون له ورثة وإما أن يكون له ورثة وذلك فيما يلي:

__أولا :المريض غير المدين__:وفي هذا الفرض لا يكون المريض مرض الموت مدينا لأحد بمبلغ من المال الأمر الذي يجعل التركة تؤول إلى الورثة ولكن يختلف الحكم إذا لم يكن للموصي ورثة ففي الموصي غير مدين وليس له ورثة اختلف فقهاء المسلمين في هذه الحالة بالنسبة إلى ما زاد عن الثلث فقالت الشافعية إن الوصية الزائدة على الثلث باطلة لان جوازها يتوقف على إجازة الورثة والوارث في هذه الحالة بين المال والحق فيه لكافة المسلمين وهذا ما قطع به الجمهور من الفقهاء أنه إذا أوصى بما زاد على الثلث ولم يكن له وراث وليس عليه دين يجوز الوصية ولو بجميع المال الباقي بعد التجهيز والدين ولا يحتاج إلى إجازة الإمام لان بيت المال غير وارث يوضع فيه المال على انه مال ضائع لا بطريق الإرث فلا يعرض الوصية [253]أما إذا كان المريض غير مدين وكانت وصية لوارث أو لغير وارث وكان للوصي ورثة فتنفذ الوصية بالثلث وفيما جاوز الثلث موقوف على إجازة الورثة،وقد أختلف فقهاء المسلمين بخصوص الثلث فذهب رأي إلى أن ثلث التركة معتبرة حال التصرف الذي يأخذ حكم الوصية في حين ذهب رأي أخر أن ثلث التركة معتبرا حال الموت.
ثانيا:المريض المدين:وفي هذه الحالة الموصي مدين لشخص أو أشخاص آخرين ومن ثملا تنفذ الوصية إلا بعد سداد الديون طبقا لقاعدة)لا تركة إلا بعد سداد الديون(وهذه القاعدة لا تطبق إلا في حالة ما إذا كانت التركة مستغرقة بالديون،ومن ثم نتكلم عن حالتين وهما أن يكون الدين مستغرقا للتركة والآخر هو الدين لا يستغرق التركة،أما إذا استغرق الدين تركة الموصي وذلك بأن تكون الديون ثابتة بذمته تساوي ما تقوم به تركته فلا تنفذ الوصية في حال من الأحوال إلا إذا أبراه الدائنون فإنها تنفذ ولو استغرقت جميع المال وأما إجازة الورثة في هذه الحالة فلا تفيد شيئا،وإنما كان الحق في هذه الحالة للدائنين لا للورثة لان حق الورثة

---

[252] - أحمد إبراهيم،الهبة والوصية وتصرفات المريض،مرجع السابق،ص 280 .

[253] - محمد زيد الأبياني،الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،مرجع سابق،ص279

فالإرث مؤخر عن قضاء الدين.[254]

2:الوصية وفقا لبعض التشريعات القانونية:

الأصل أن للشخص حرية التصرف في أمواله بمقابل أو دون مقابل، مادام التصرف ينتج أثره حال حياته،وليس لورثته المحتملين المساس بحريته في ذلك، ولو كان تصرفه تبرعاً وكان قصده من وراء التصرف حرمان ورثته من أمواله بعد موته .ولكن هذه الحرية تتقيد بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت ويقصد بمرض الموت المرض الذي من شأنه أن يحدث الموت غالباً ويتصل به الموت فعلا ويرجع هذا التقييد إلى أن حق الورثة في خلافة المورث على أمواله يثبت من وقت حدوث ذلك المرض، وذلك على أساس أن المسببات تضاف إلى أسبابها البعيدة والقريبة على حد سواء ولئن كان الموت سبباً قريباً لخلافة الوارث.[255]
ونرى بأن هذا الرأي هو عين الصواب ومقتضى ذلك انه اذا صدر من المريض تصرف ينطوي على تبرع ,جرى عليه حكم الوصية وبهذا نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه" كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا" إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."ويستنتج من هذه الفقرة أن التصرف الصادر عن المورث ويكون مقصودا به التبرع،يعتبره القانون وصية مستترة،وتسري عليه أحكام الوصية،لذاك فإن مثل هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة إلا باعتباره وصية في حدود الثلث،ولا ينفذ فيما عاد ذلك إلا إذا أجازه،فالنص إذا عمم،فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت،كالبينة والهبة والإقرار والإبراء إلى غير ذلك من التصرفات التي يقصد بها التبرع.[256]

لذلك يجب ان يتوافر في التصرف شرطان:
الشرط الأول:أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.
الشرط الثاني:أن يكن مقصودا به التبرع.
ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا،لذلك أعفى المشرع الورثة من إثبات تبرعية التصرف ولكن يقع عبئ إثبات التصرف غير التبرعي على عاتق المتصرف إليه،فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت انه دفع عوضا للمورث،فإذا أثبت ذلك نفذ التصرف في حق الورثة،أما إذا اثبت العوض وكان في العوض محاباة له،فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.[257]
ونجد في هذا الجانب بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا منها ما يلي:

---

254 - أحمد ابراهيم،الوصية وتصرفات المريض،مرجع السابق،ص301 .

255 - زهدور محمد،الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية،مرجع سابق،ص67

256 - أحمد عبد الرزاق السنهوري،الوسيط...،مرجع سابق،ص223

257 - رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الأصلية،الدار الجامعية،بيروت، 1985 ،،ص126

القرار الصادر بتاريخ 16 جوان 1998 الذي جاء في حيثياته :" حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية،إضافة إلى أن الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها وعليه فالوجه مؤسس،الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس.[258]

وفي قرار آخر..":من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت يعتبر وصية،ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون."ولما كان ثابتا-في حال قضية-أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية،فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فعلا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض..."[259]

ومقتضى ذلك انه إذا صدر من المريض تصرف ينطوي على تبرع، جرى عليه حكم الوصية وبهذا نصت المادة (1128) في التقنين المدني الأردني،ومن هنا يتضح أن أي تصرف يصدر من المريض في مرض الموت، سواء أكان هذا التصرف على صورة بيع، أم هدية أم إقرار أم إبراء ,يكون بحكم الوصية، إذا كان هذا التصرف ينطوي على تبرع، ويعني ذلك أن تطبيق أحكام الوصية على التصرف الصادر في مرض الموت مشروط بأمرين -: الأول، أن يصدر التصرف في مرض الموت ,الثاني،أن يكون قد قصد به التبرع. وقد عرض المشرع الأردني لإثبات هذين الأمرين على النحو الآتي : فيما يتعلق بإثبات صدور التصرف في مرض الموت -: أوجبت المادة 1128 من التقنين المدني الأردني التي تنص " : وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا بجميع الطرق أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ,ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً ".[260]

أما فيما يتعلق بقصد التبرع فليس الورثة مكلفين إثبات وقوع التصرف على سبيل التبرع ، وإنما لهم أن يثبتوا أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض موته فيكون إثبات هذه الواقعة المادية وحدها قرينة على انه صدر على سبيل التبرع) الوصية والهبة في مرض الموت .(و بذلك يكون المشرع الأردني قد يسر على الورثة إثبات قصد التبرع، وهو أمر نفسي كثيرا ما يصعب إثباته ، وهذا ما نصت عليه المادة1128 من التقنين المدني الأردني، وفي العراق فان المشرع العراقي ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المصري إلا انه يختلف عنه في بعض الأمور من حيث التمييز بين ما إذا كان الموصي غير مدين وبين ماإذا كان مديناً، فأن كان الموصي غير مدين فقد أعتبر وصيته صحيحة ونافذة ولو كانت بكل ماله ولا تتوقف على إجازة احد ،إذ نص على انه " : وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا

[258] - قرار رقم 197335 مؤرخ في 16 جوان 1999 عن غرفة الأحوال الشخصية،منشور في المجلة القضائية عدد خاص احوال شخصية لسنة2001 .

[259] - قرار رقم 219901 مؤرخ بتاريخ 16 مارس 1999 عن غرفة الأحوال الشخصية منشور في المجلة القضائية عدد خاص("الأحوال الشخصية لسنة. 2001 ص287

[260] - محمد وحيد الدين سوار،الحقوق العينية الاصلية ،الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الاردن، 1999 ،ص77 .

وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزينة العامة ." أما إذا كان له وارث فقد أعتبر التشريعان العراقي والمصري وصيته صحيحة ونافذة إن كان الموصى به يخرج من ثلث تركته أما إذا زاد على الثلث ، فتنفذ الوصية في حدود الثلث، وتتوقف في القدر الزائد عليه على أجازة الورثة، فأن أجازوها نفذت وان ردوها بطلت ، وذلك سواء أكان الموصي له أجنبيا أو وارثا،وقد جعل التشريع المصري إجازة الوارث لما توقف على إجازته من الوصية لازمة سواء صدرت منه في حياة الموصي او بعد مماته في حين سكت المشرع العراقي عن وقت إجازة الورثة لما توقف على إجازتهم من وصية مورثهم .فتستنتج من ذلك أن الأجازة لا عبرة لها إلا بعد الوفاة.[261]

أما إذا كان الموصي مديناً:فان المشرع المصري قد فرق بين أن يكون دين الموصي مستغرقاً لتركته وبين أن يكون غير مستغرق فأن كان مستغرقاً ، فقد جعل وصيته صحيحة وموقوفة على براءة ذمته من قدر الموصى به من الدين سواء كان ذلك بأجازة الدائن لوصيته أو بسقوط الدين ، أما إذا كان دينه غير مستغرق فيخرج مقدار الدين من التركة ويحكم على الوصية في القدر الباقي بعد وفاء الدين بالحكم عليها في الحالة التي لا يكون على الموصي دين أصلا .وترتيباً على ذلك فان ما يحدث في المدة مابين وفاة الموصي ووقت القسمة من نقص التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الموصى لهم والورثة سوية ,وكل زيادة تطرأ على التركة[262] .

مقارنة الوصية بالتصرفات الأخرى تتشابه الوصية مع عدة تصرفات أخرى كالميراث،والإقرار والهبة والبيع فندرس أوجه التشابه والخلاف فيما يلي:

أولا:الوصية والميراث:يشبه الامتلاك بالوصية الامتلاك بالميراث في أن كليهما يكون بعد الوفاة،فلا تقع أحكام الميراث وأحكام الوصية إلا على ما يتركه المتوفي بعد وفاته مورثا أو موصيا.

وهناك فروق كثيرة بين الوصية والميراث:

1-فبينما الوصية هي تصرف إنشائي من الموصي حال حياته لمصلحة شخص أو جهة معينة،أي كل أو بعض ما يمتلكه،موقوف نفاذه على ما بعد وفاته فإن الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة لفريق من أقارب المتوفي ولا يتعلق هذا الحق إلا بما يبقى مما تركه المورث

2-اختلاف الدين والملة لا يمنع صحة الوصية،في حين أن اختلاف الدين والملة مانع من موانع الإرث.

3-يدخل الميراث في ملك الورثة،سواء اقبل الوارث ام لا،أما الوصية فلا تدخل في ملك الموصي له بلا قبول.

4-الميراث لا يسقط بالإسقاط،والوصية تبطل بالرد.

5-الميراث يتعلق بالتركة على الشيوع وأما الوصية فإن الوصية كانت بمقدار نسبي كالربع فهي كالميراث،وإن كانت بشيء معين من التركة،كدار مثلا أو نقود مرسلة كأوصيت لفلان بشيء مثلا،فهي مقصورة على ما تعلقت به خلافا للميراث.[263]

[261] - السنهوري،الوسيط.....،مرجع سابق،ص209 .

[262] - محمد وحيد الدين سوار , الحقوق العينية الاصلية ،مرجع السابق ,ص78 .

ثانيا:إخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر:أنه وان كان الشارع قد أطلق حرية المورث في التصرف في أمواله حال حياته ولو أدى إلى تجريده من كل ثروته،ما لم يكن غير أهل للتصرف فإنه قد قيد حريته في تصرفاته المضافة إلى ما بعد الموت مادام الشارع قد حرم الوصية بغير القيد المذكور،فلا يملك المورث التحايل على أحكام الشريعة والقانون بإخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر من العقود المنجزة غير الخاضعة لإجازة الورثة،لان هذا التحايل لحرمان الورثة من حق مقرر لهم شرعا فلهم الاعتراض عليه وإثبات الصورية مهما كان شكل العقد الذي اتخذ ستارا لإخفاء الوصية سواء أكان عقد بيع أم عقد هبة وإظهار أن التصرف الحقيقي ليس إلا وصية.

ثالثا:الاشتباه بالإقرار:قد تشتبه الوصية بالإقرار والفرق يعرف بالسياق والقرائن وقد جاء في الفتاوي الهندية:روي ابن سماعة عن محمد إذا قال رجل اشهدوا أني قد أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم فالألف الأولى وصية والأخرى إقرار وفي الأصل إذا قال في وصية ثلث داري لفلان سدس في داري فإنه يكون أقرار.

رابعا:الاشتباه بالهبة:تشبه الوصية الهبة من حيث أنهما تمليك بلا عوض.ولكن يجب التفريق بينهما،لاختلافهما في الشروط والأحكام.ومن أهم الفروق بينهما أن الهبة تمليك في الحال،والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.كما فرقت المادة 205 من قانون الأسرة بين هبة المنافع أو العين أو الدين لدى الغير المادة: 205 يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاتهأو جزءا منها عينا،أو منفعة أو دينا لدى الغير.

كما أن قانون الأسرة لم يبتعد عن هذا في المادة 184 حيث نصت على أن":الوصية تمليك على ما بعد الموت بطريق التبرع."ومن هذا التعريف نلاحظ ما يلي:إن استعمال مصطلح "تمليك"يجعل هذا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا،سواء كانت واجبة أو مندوبة،وسواء كانت بالمال أو بغيره،فهي بذلك تشمل التمليك،والإسقاط،وتقرير مرتبات،كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض،والوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات.[264]

إن المقصود بعبارة"مضاف إلى ما بعد الموت"هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي،وبالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة لان الهبة تمليك بلا عوض في الحال.ولأن الوصية"تبرع"إخراج الوصايا التي تنبني على بيع إيجار لشخص ما،وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته.[265]

الفرع الثاني :الهبة في مرض الموت

الهبة تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط.

---

[263] - عبد الحكيم فودة،الوصايا المستترة،دار الألفي ،القاهرة، 2001 ،ص28 .

[264] - رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية والأصلية،مرجع السابق،ص 129 .

[265] - نبيل صقر ،تصرفات المريض مرض الموت،مرجع سابق،ص63

1 :الهبة في مرض الموت وفقا للشريعة الإسلامية

يجب أن نفرق بين ما إذا كان الواهب صحيحا أو مريضا مرض الموت،وسبق أن قلنا أن مرض الموت هو الذي يتحقق فيه الوصفان الآتيان:

1-أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة.

2-أن يتصل به الموت.

فإذا كان الواهب صحيحا،وكان أهلا للتبرع،جاز له ان يهب ماله كله أو بعضه لمن يشاء،سواء كان أصلا له،أم فرعا،أم أجنبيا منه.

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الهبة التامة بشروطها،وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات.ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة.وعمدة الجمهور حديث عمران ابن حسين عن النبي عليه الصلاه والسلام في الذي أعتق ستة من العبيد عند موته،فأمره رسول الله صل الله عليه وسلم فأعتق ثلاثهم وراق الباقي.

وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال،أعني حال الإجماع،ذلك انهم لما إتفقو اعلى جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من الكتاب او السنة بينه،والحديث عندهم محمول على الوصية،فعلى قول الجمهور إذا كان الواهب مريضا مرض الموت تعطى هبته حكم الوصية.[266]

غير أنه بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن يفرق بين ما إذا كانت الهبة لغير وارث أو لوارث. فإذا كانت لغير وارث نفذت إذا لم يكن له ورثة،ولو كان الموهوب كل مال الواهب،فلا حق لأحد في المعارضة ولا بيت المال،فإذا لم تكن الهبة بالكل فلبيت المال الباقي

.والسبب في ذلك هو أن الموهوب له يعتبر موصي له،وهذا مقدم على بيت المال بالاستحقاق .[267]

وإذا كان له ورثة فإن كان الموهوب أقل من الثلث أو الثلث نفذ،ولو لو تجز الورثة،وإن كان أكثر من الثلث فلا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الورثة،لأن المنع كان لحقهم.

وإذا كانت الهبة لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة يقية الورثة،سواء أكانت بأقل من الثلث ،أو به،أو بأكثر منه ،لأن الهبة في مرض الموت وصية،ولا وصية لوارث،إذ فيه إيثار بعض الورثة على البعض الأخر.

وجاء في الفتاوي الهندية:إذا كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين إلى الورثة.

وجاء في الفصولين:وهب داره فمات ولا مال غيرها ولم تجزى الورثة إذ كانت الهبة لغير وارث نفذت إذ لم يكن له ورثة سواء أكان الموهوب كل مال الواهب أو بعضه. فإذا كان الموهوب بعض مال الواهب كان الباقي بعد الوصية للخزانة العامة.

---

[266] - نبيل صقر،المرجع السابق،ص 95،96.

[267] - محمد بن أحمد تقية،دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري أحكام الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي،الديوان الوطني للاشغال التربوية،الجزائر، 2003 ،ص17 .

وإذا كان للواهب ورثة فإن الهبة،سواء أكانت لوارث أو لغير وارث تكون صحيحة تنفذ إذا كانت بالثلث أو بأقل منه،أما إذا كانت من الثلث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة،وإجازة الورثة يجب أن تحصل بعد الموت فلو أجاز الورثة قبل موته لم تجز الآن حق الورثة إنما يثبت بعد الموت،والمراد بالوارث من كان وارثا وقت الموت،ولا وقت الهبة.[268]
فلو وهب لأخيه وله ابن،ثم مات الإبن،ثم مات الواهب،وله أخوة،كانت الهبة لوارث،ولا ينفذ الزائد عن الثلث إلا بإجازة باقي الإخوة.ولو وهب لأخيه،ولا ولد له،ثم ولد له إبن،ثم مات كانت الهبة لغير وارث،لأن الأخ ليس وارثا في هذه الحالة.ويشترط أن يكون المجيز من أهل المتبرع،وفقا لما تقدم،وتراعي الأحكام المتقدمة إذ لم يكن الواهب مدينا،فإن كان مدينا فلا تنفذ الهبة إذا كان دينه مستغرقا لكل تركته،سواء أكان الموهوب له أجنبيا أو وارثا ،إذا لم يجزها الدائنون،ولا عبرة بإجازة الورثة في هذه الحالة،لأن الحق ليس لهم إذ حقهم في التركة مؤخر على قضاء الدين،ولكن إذا أجاز الدائنون فلابد من إجازة الورثة في الزائد على الثلث.وإذا كان دينه غير مستغرق لتركته فيكون حكم هبة الباقي من الدين كهبة التركة خالية من الدين.[269]
والهبة التي تعطى حكم الوصية هي الهبة التي تعقد تامة في مرض الموت،اي التي يتحقق فيها كل شروطها،فعلى حسب أحكام الشريعة الإسلامية إذا وهب المريض هبة لأخر ولم يقبضها الموهوب له حتى مات الواهب فإن الهبة تكون باطلة،كما كانت تبطل لو أن الواهب كان صحيحا ولا تنقلب وصية لان الواهب أراد التمليك في الحال لا بعد الموت،وهذا هو رأي الحنفية أما الإمام مالك فيعتبرها كالوصية.
و قد انقسم الفقهاء بخصوص الهبة التي يبرمها المريض حال مرضه إلى قسمين:
1-ذهب الظاهرية إلى صحة تصرفات المريض مرض موت، و أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات، و في ذلك يقول ابن حزم:
أن كل ما أنفذه المريض من هبة أو هدية أو صدقة سواء أكانت هذه التصرفات لوارث أم لغير وارث أم لبعض الغرماء دون البعض، كل ذلك نافذ من رؤوس أموالهم كما لو كانوا أصحاء، فالمريض مرضا يموت منه أو يبرأ منه، والحامل قد تحمل إلى أن تضع أو تموت، و الموقوف للقتل بحق في قود أو حد أو باطل، والأسير عند من يقتل الأسرى أو من لا يقتلهم، و المشرف على العطب والمقاتل بين الصفين، كلهم سواء و سائر الناس في أموالهم
2-و ذهب الجمهور إلى أن حكم الهبة في مرض الموت حكم الوصية و حجتهم في ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال :قال رسول الله " إن الله تصدق عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم(وما روي عن عمر ابن حسين عن النبي في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فأمره الرسول صل الله عليه وسلم (فأعتق ثلثهم و أرق الباقي).
وإسباغ حكم الوصية على هبة المريض مرض موت يستلزم التفرقة بين ما إذا كانت الهبة لوارث أو لغير وارث .فإن كانت الهبة لغير وارث نفذت إذا لم يكن له ورثة و لو كان الموهوب كل مال الواهب، فلا حق لأحد في المعارضة و لا حتى بيت المال.لأن الدولة لا تعتبر وارثا بالمفهوم الشرعي.[270]

---

[268] - نبيل صقر،المرجع السابق،98 .

[269] - محمد بن احمد تقية،المرجع السابق،ص19 .

[270] - نبيل صقر،تصرفات المريض مرض الموت،مرجع سابق،ص109 .

2:الهبة في مرض الموت في القانون المدني

لقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني على أحكام الهبة في مرض الموت.
فنصت المادة 204 المذكورة أعلاه على أن":الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية "ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحلات المخيفة،فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية.
وقد جاءت هذه المادة تكريسا في الحقيقة صفة إجمالية لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني والتي تنص على أن"كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت،وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.
كما أن الشيء الموهوب الذي لا تزيد قيمته على ثلث التركة،إذا كان التصرف صادرا في مرض الموت ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة تصح هبته،ولا تتوقف على إقرار الورثة،إلا ان الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 التي تنص":الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها ."
وجاء في قرار صادر في 27-10-1992 تحت رقم 85260 من المحكمة العليا أن قضاة الموضوع سلكوا سلوكا غريبا بقولهم أم الواهب كانت صحيحة بكامل قواها العقلية والجسمية بدليل انها إنتقلت إلى مكتب التوثيق بنفسها ولو كانت تعاني من مرض العضال (سرطان) وخطير لم يمنعها ذلك من التحرك،بدليل تنقلها للعلاج بين الجزائر وتونس،أن قضاة الموضوع لم يناقشو المرض المدعى به والمنصوص عليه في المادة 204 من قانون الأسرة مما عرض قرارهم للنقض.
و بإعتبار أن مرض الموت،بالشروط المتقدمة الذكر،واقعة مادية،فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن،وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في اواخر أيامه،وكذلك يثبت بشهادة الشهود وبتقصي حياة المريض في أيامه الاخيرة ،وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت أن يثبتو ذلك بكل الطرق .[271]
كما قضت" رفض الدعوة الرامية إلى طرد المطعون ضده من القطعة الأرضية التي بنبت عليها المدرسة-طعن بالنقض-لأن القطعة لم تخصص لما وهب من أجله وسكن بها شخص لم توهب له– رفض الطعن.
ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن تشغل لما وهبت من أجله لأن القطعة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكا للبلدية.[272]
كما قضت" من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب ،بيد الموهوب له قبل الهبة،أعتبر حائزا، إذا كان بيد الغير وجب الإخبار بذلك.
ومن ثم قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة، إن قضاة المجلس كانو على صواب

---

[271] - السنهوري،الوسيط.....،مرجع سابق،ص321 .

[272] - ملف 116191 قرار صادر في19 -01-1997.

عندما قضو بصحة عقد هبة العقار كليا بإعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب ف المنزل محل الهبة وبتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 من قانون الاسرة .[273]
كما قضت" لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف برفضهم دعوى الطاعنة لكونها من جهة لم تثبت رجود تزوير الذي إدعت به في عقد الهبة ومن جهة أخرى أن المطعون ضدهما قد أدخلا على المال الموهوب أعمالا غيرت في طبيعته وهذا يسقط للطاعنة حقها في التراجع عن الهبة ومن ثم فإن القضاة قضائهم كما فعلوا قد سببوا قرارهم تسبيبا كافيا وطبقوا القانون تطبيقا سليما.
و جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/06/16 الذي جاء في حيثياته :"... حيث أن المادة 204 من قانون الأسرة قد نصت على أن الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية، إضافة إلى أن مرض الواهب هو حالة مادية ظاهرة لا يمكن إخفاؤها ويجوز إثباتها بشهادة الشهود، زيادة على الشهادات الطبية المحتج بها وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة لنفس المجلس".[274]

وفي قرار آخر:" من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان ثابتا في قضية الحال، إن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية .

فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب و ليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض."[275]

وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/06/15 مفاده:"... حيث ثبت أن عقد الهبة موضوع النزاع قد تم تحريره في حالة المرض المشار إليه. حيث أن المادة 204 من قانون

[273] ملف 121664 قرار صادر في 03-07-1995 المجلة القضائية العدد 01.

[274] - قرار رقم197335 الصادر بتاريخ 1998/6/16 عن غرفة الأحوال الشخصية،منشور في المجلة القضائية عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،ص282.

[275] - قرار رقم219901 الصادر بتاريخ 1999/3/16 عن غرفة الأحوال الشخصية،منشور في المجلة القضائية عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001 ،ص287.

الأسرة صريحة للغاية إذ تنص على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية. حيث أنه و نظرا لما سلف ذكره اعتبار عقد الهبة المذكور باطلا و هو عقد وصية ".[276]

و في حيثيات القرار مجلس قضاء البليدة جاء فيه :"... وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، و حيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، و أن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة ، و أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، تعين إبطال الهبة عملا بالمادة 204 من قانون الأسرة ".[277]

كما يستطيعون إثبات ذلك بالقرائن المستخلصة من ظروف المرض، كأن يسجل البائع العقد ويشهره قبل وفاته بأيام قلائل أو الوفاة يعد قيام عقد للبيع .[278]

فمن المقرر قانونا أن الورثة خلفا عاما لمورثهم ولا يعتبرون في حكم الغير في تصرفات مورثهم، وأنه تبعا لذلك لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهم العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة. إلا أنه متى صدر التصرف في مرض الموت وأثبت الورثة ذلك اعتبروا من الغير بصدد سريان التصرف الذي يصدر من مورثهم ، فهو لا يسري في حقهم إذا كان تبرعا فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم، و لهم إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات ، و هذا استثناء من الأصل مبني على اعتبار أن للوارث حقا شخصيا في تركة مورثه لا يستمده منه و إنما من القانون مباشرة.[279]

و يقتضي ذلك أولا أن يثبت الورثة أن مورثهم قد انتابه مرض يغلب فيه الهلاك وأن هذا المرض قد انتهى إلى موته، وأن يثبتوا تاريخ بدء هذا المرض، ومتى ثبت مرض الموت وتعين تاريخه، بقي على الورثة أن يثبتوا أن التصرف الصادر من مورثهم والذي يطعنون

---

[276] - قرار رقم318410 الصادر بتاريخ 2005/6/15 عن غرفة الأحوال الشخصية،منشور بنشرة القضاة العدد 59 ص234

[277] - قرار مجلس قضاء البليدة –الغرفة المدنية–المؤرخ في 2000/4/01 تحت رقم 99/1100.

[278] - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص48.

[279] -.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص60.

فيه قد صدر منه بعد التاريخ الذي ابتدأ فيه مرض الموت. والغالب أن يكون هذا التصرف مدونا في ورقة رسمية أو عرفية .[280]

و في حيثيات قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/06/15 جاء فيه: "....حيث أن النقطة القانونية التي قطعت فيها المحكمة العليا قرارها الصادر في 2001/06/20 هي توجيه قضاة الموضوع إلى التحقيق والتوضيح ما إذا كان الواهب يعاني فعلا من مرض من الأمراض أو الحالات المخيفة المنصوص عليها بالمادة 204 من قانون الأسرة، وهذا ما قام به قضاة المجلس بناء على دراسة الوثائق والشهادات الطبية المقدمة بالملف، والتي تثبت مرض مورث الأطراف الذي كان يعاني من مرض خطير و هو مرض فقر الدم ، كون مورث الأطراف كان مريضا أثناء الفترة القصيرة التي عاشها بين تاريخ إبرام العقدين و تاريخ وفاته بحيث لا تتعدى السنتين و كان يصارع الموت فيها..."[281].

لكن الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة إلى مسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدره مورثهم في مفهوم المادة 1/328 مدني جزائري، التي تنص على أنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت "[282].

وبتعبير آخر أن القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المحررات الصادرة من المورث، يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المحررات العرفية وفي جميع الأحوال، فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة، خلافا لما قصده المشرع من جعله حماية استثنائية، و لا يخفي ما ينطوي عليه هذا التعميم من إرهاق للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات.[283]

---

[280] - الدكتور .سليمان مرقس–شرح القانون المدني–العقود المسماة –عقد البيع –عالم الكتب سنة 1980–ص.568 و 569.

[281] - قرار رقم 327856 الصادر بتاريخ 2005/06/15 عن غرفة الأحوال الشخصية غير منشور.

[282] - د.زهدور محمد –المرجع السابق–ص139.

[283] - د.سليمان مرقس–المرجع السابق–ص570.

والعلة في ذلك هي أن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم، ولذا يسري عليهم ما كان يسري في حقه، و من ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر فيه حجة عليهم كما كان حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ.[284]

الأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا [285]. ولكن إذا ادعى الورثة أن الورقة العرفية التي تحمل تاريخا معينا هي ورقة لا تحمل التاريخ الحقيقي لأنها صدرت في مرض موت مورثهم، ولكن تاريخها قد جرى تقديمه لتفلت من الطعن عليها [286]. فيكون لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و تدخل فيها البينة و القرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش و الغش يجوز إثباته بجميع الطرق .[287]

و يلاحظ الفقه أن النص الذي تضمن هذا الحكم هو نص معيب، إذ جاء في نهاية الفقرة الثانية من المادة 776 مدني جزائري: " أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا". ووجه عدم الدقة يكمن في أن النص يقضي بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا، وقد رأينا أن التاريـخ حتى لو لم يكن ثابتا، يحتج به على الورثـة، و إنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا.

وتفصيل ذلك أن نص تلك الفقرة يفيد أن تاريخ المحرر العرفي ليس حجة ضد الورثة فيعتبر غير موجود ، وبالتالي يعتبر التصرف صادرا في مرض الموت، ولا يكون على الورثة أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ، أي أنهم يعتبرون من الغير في مفهوم المادة 328 مدني جزائـري .

ولكن صدر نص المادة 2/776 يلزم الورثة بإثبات عدم صحة التاريخ، أي أن الورثة لا يعتبرون من الغير بالمعنى الوارد في نهاية النص، وهذا هو الصحيح، وإذا فعيب الصياغة يتلخص في أن صدر النص صحيح وهو ما قصده المشرع، و لكن نهايته جاءت مناقضة له

---

[284]- د.زهدور محمد-المرجع السابق-ص140

[285] - د.عبد الحكم فودة-المرجع السابق-ص75.

[286] - د.زهدور محمد -المرجع السابق -ص140

[287] - د.عبد الحكم فودة-المرجع السابق-ص75

فهي غير سليمة، أو أنها على الأقل جاوزت قصد المشرع و لذا يتعين عدم اعتبارها و الالتفات عنها.[288]

إن الأمر الذي يتحقق من جراء طعن الوارث في التصرف التبرعي الذي ثبت بالسند العرفي أو الرسمي في مرض الموت هو سريان حكم الوصية عليه، و بمعنى انه لا ينفذ في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة و هو طعن موجه ضد المورث بالذات ، و بهذا ينقلب الوارث من الخلف العام إلى طبقة الغير من حيث نفاذ التصرف لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته[289].

وقضت محكمة النقض المصرية: " إن مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت لإضرار بحقوقه في الإرث لا يكفي، وعلى ما جرى به القضاء لإهدار حجية التصرف، بل يجب على الوارث أن يقيم الدليل على إدانته، فإن عجز في ذلك، التصرف حجة عليه وملزما له ، ولا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن إثبات طعنه في حكم الغير، ولا يعدو أن يكون الطعن الذي أخفق في إثباته بمجرد إدعاء لم يتأثر بدليل، وبالتالي يكون التصرف حجة على الوارث باعتباره خلفا لمورثه.[290]

وبصدد إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع، فلو ترك للقواعد العامة لوجب على الورثة إثبات أمرين: صدور التصرف في مرض الموت، وأنه صدر على سبيل التبرع.

لكن المشرع وقوفا في وجه التحايل خفف العبء بأن أقام قرينة قانونية لصالح الورثة في الفقرة الثالثة من المادة 776 مدني جزائري، فخفف بذلك عبء الإثبات بنقل محله إلى واقعة

288 - د.زهدور محمد –المرجع السابق –ص141.140

289 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق–ص 67.

290 - حكم بتاريخ 1972/05/11 مجموعة أحكام النقض ، مشار إليه في كتاب الأستاذ محمودي عبد العزيز –المرجع السابق ص67.

أخرى متصلة يسهل عليهم إثباتها، فلا يكون عليهم إثبات أن التصرف صدر على سبيل التبرع كما يدعون، وإنما حسبهم أن يقيموا الدليل على صدور التصرف في مرض الموت [291]، على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضا للمورث [292]، فإذ لم ينجح في ذلك صار الورثة من الغير فلا يسري في مواجهتهم تصرف مورثهم إلا في حدود الثلث [293]، وإذا نجح –أي المتصرف إليه- تسري عليه في هذه الحالة أحكام البيع في مرض الموت، وتخضع المحاباة في الثمن وحدها إلى حكم الوصية [294].

المشاكل العملية لسريان قرينة المادة 776 من حيث الزمان

تعتبر قرينة المادة 776 من القانون المدني الخاصة بالتصرف في مرض الموت مستحدثة في القانون المدني الجزائري، و لا يكون لها أثر رجعي [295]إلا بقدر النص الصريح للمادة 1003 من القانون المدني التي جاءت بسريان القانون المدني بأثر رجعي إلى 05 يوليو 1975 [296]، وعلى هذا الأساس فإن التصرفات التي أبرمت خلال الفترة التي كان للقانون فيها أثر رجعي، يجب أن تكون محل إعتبار خاص من القضاء طالما أنه حدث خطأ تشريعي، و بالتالي لا يسري عليها القانون الجديد، و من ثم لا تعد في حكم الوصية.

---

[291] - د.زهدور محمد –المرجع السابق–ص141.

[292] - د.عبد الحكم فودة –المرجع السابق–ص76.

[293] - د.زهدور محمد– المرجع السابق–ص142.

[294] - د.زهدور محمد– المرجع السابق–ص142.

[295] - بل استحدثت في القانون المدني الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و أنها لم يرد بها نص خاص يؤكد سريانها بأثر رجعي. و تنص المادة الثانية من القانون المدني :"لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي...."أنظر .الأستاذ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق – ص69.68.

[296] - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص69.

ذلك أن القرينة القانونية تكون على صلة بالناحية الموضوعية للحق، شأنها شان الأدلة التي تعد مقدما و هي الأدلة الكتابية، وتأخذ حكمها [297]، فالدليل المكرس بالقرينة القانونية كأنه وقعت الواقعة ولا فرق مع الدليل الكتابي إلا من حيث عملية الإعداد، فا الدليل الكتابي من صنع الأفراد أما القرينة تكفل القانون بإعدادها، وعليه تخضع هذه الأخيرة لحكم القانون المطبق وقت الواقعة التي تستمد منها القرينة، وبذلك تصلح دليلا لصالح المدعي يغنيه عن الإثبات بطريق آخر.

و عليه كانت القرينة القانونية تتميز من حيث:

أولاً : خروجها على القاعدة العامة في الإثبات :

إذ بها يصبح الإثبات سهلا فينتقل العبء الحقيقي للإثبات إلى عاتق الطرف الآخر في الخصومة، أو قد يعفى من قررت القرينة لمصلحته من الإثبات تماما كما في المادة 2/776. وفي هذا خروج عن القاعدة العامة في الإثبات[298].

ثانيا: مخالفتها لمبدأ اقتناع القاضي:

المبدأ الثابت حياد القاضي في النزاع المدني إلا أنه متى توافرت شروط القرينة الخاصة بالتصرف في مرض الموت لصالح الوارث الطاعن وجب على القاضي الأخذ بها، دون إعمال لسلطته التقديرية لمدى مطابقتها للواقع، لأن إعمال هذه السلطة يكون أكثر ما يكون في القرائن القضائية على أن القرينة محل الشرح هي قرينة قانونية و إن كانت تقبل إثبات العكس[299].

---

297 - د.زهدور محمد –المرجع السابق –ص:112.

298 - أ.محمودي عبد العزيز –المرجع السابق –ص70.

299 - المستشار–نشأت بك أحمد–رسالة الإثبات في التعهدات –الطبعة السادسة1996، ص69.

الفرع الثالث :الوقف في مرض الموت

اولا :الوقف في مرض الموت في الشريعة الاسلامية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف بإعتباره صدقة جائر شرعا ومندوب إليه،وإستدلوا بأدلة عامة وأدلة خاصة.
أولا:أدلة عامة :إستدلوا على الصدقات عموما ومنها الوقف لقوله تعالى" ***لن تَنَالُوا البر حتى تُنْفِقُوا مما تُحبون.***"[300]
كما إستدلوا بقول النبي صل الله عليه وسلم" ***:إذا مات إبن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاثة:صدقة جارية،أو علم ينتفع به،أو ولد صالح يدعو له.***"والوقف نوع من الصدقة الجارية.
ثانيا:أدلة خاصة:إستدلوا بوقف الرسول صل الله عليه وسلم فقد ثبت أنه عليه الصلاه والسلام ***"قد وقف في سبيل الله ارضا لها،فقد روي عن عمر بن الحارث إبن المطلق أنه قال:*** [301] ***"ماترك رسول الله صل الله عليه وسلم إلا بغلته البيضاء وسلاحه،وأرضا تركها صدقة.***"وأيضا ما رواه إبن عمر رضي الله عنهما": ***أصاب عمر بخيبر أرضا فأتى النبي صل الله عليه وسلم فقال:أصبت ارضا لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به،قال:إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها،فتصدق عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث،في الفقراء والقرابة والرقاب وفي سبيل الله والضيف وإبن السبيل لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول فيه.***"
يرى الفقهاء عدم جواز الرجوع في الوفق لأن الأصل فيه أن يكون لازما متى صدر من مالكه مستكملا شروطه،إلا أن أبا حنيفة يرى عدم لزوم الوقف فيجوز للواقف أن يرجع في وقفه إلا إذا كان الوقف مسجدا أو موقوفا على مسجد او أن يقضي القاضي بلزوم الوقف،ففي هذه الحالة لا يجوز للوافق الرجوع فيه.
كما يجوز أن يشترك شخص او أكثر في تكوين الوقف سواء ان تكون صورة المشاركة بحصص نقدية أو عينية،كما يجوز أن تكون المشاركة في تكوين الوقف من خلال الاستقطاعات الشهرية أو السنوية أو غيرها التي يتبرع بها أصحابها في المساهمة في تكوين الوقف.
وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف إذا كان على شخص معين فإنه يشترط قبوله،بيستحق الوقف،أما إذا كان الموقوف عليه غير معين فلا يشترط قبوله،والجمهور يعتبرون القبول شرطا لصحة الوقف وللإستحقاق،والمالكية يعتبرونه شرطا للإستحقاق فقط،ويقصد بالإستحقاق ثبوت حق الموقوف عليه في الإنتفاع بالوقف فإذا لم يقبل الشخص معين الوقف ورد الموقوف عليه فإن نصيبهم في الإستحقاق ينتقل إلى من يليه في الإستحقاق إن وجد إذا كان الواقف قد رتب الموقوف عليهم في طبقات وإلا أنتقل إلى الفقراء.
كما رأى جمهور الفقهاء إلى أن الوقف يتم ويلزم لمجرد اللفظ من غير الحاجة إلى أن يقبض الموقوف عليهم الغلة أو العين الموقوفة،وإشترط المالكية لتمام الوقف ولزومه الحيازة

---

[300] - سورة آل عمران،الآية92 .
[301] - رواه البخاري.

بأن يحوز ناظر الوقف العين الموقوفة،فيبطل الوقف إذا لم يحز الموقوف أو حدث مانع كموت الواقف.[302]

ثانيا :الوقف في مرض الموت وفقا للقانون المدني الجزائري

لقد اخرج قانون الأسرة الجزائري أحكام الوقف من أحكام المادة 777 من القانون المدني الجزائري على":يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته
وإستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته"
حيث نصت المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري على" يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته،على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية"،فيستطيع الواقف ان يوقف على احد ورثته مع الإحتفاظ بحق المنفعة لنفسه.
أما الوقف الصادر في مرض الموت فتطبق عليه أحكام الهبة في مرض الموت حيث تنص المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري على":يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون."[303]
ولقد قضت المحكمة العليا"حبس.شروطه.المذهب الحنفي.إجازة التحبيس على النفس قيد الحياة،عدم إشتراط الحيازة"
من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحبيس على النفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أنه يجعل لهن عند الإحتياج حق الإستغلال الأملاك المحبس ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب وإنتهاك قواعد الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض.
إذا كان الثابت ،في قضية الحال،أن عقد الحبس المحرر وفقا للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أن البنات الثلاثة.الطاعنات.لهن حق الإستغلال في البستان فأن قضاة الإستئناف بإثباتهم ذلك بما لهم من سلطة تقديرية في الموضوع والقضاء برفض دعوى المدعيات بررو ما قضو به تبريرا كافيا،ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.[304]
كما قضت حبس في مرض الموت-إعتباره وصية-بطلان طبقا للمادتين 204 و 215 من قانون الأسرة.
الوجه الثاني: المأخوذ من تجاوز سلطة دعوى ان قرار المنتقد قد أثبت في حيثياته بأنه ثبت لدى المجلس من أن المحبس لم يكن في حالة يخشى منها الموت مع ان الشهادات الطبية تثبت خطورة حالته الصحية.
الوجه الثالث:المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون والشريعة بدعوى أن القرار المنتقد قد أخطأ في تطبيق الشريعة والقانون التي تقضي ببطلان الحبس عندما يكون المحبس في

---

302 - نبيل صقر ،مرجع سابق،ص(119).

303 - نبيل صقر ،مرجع سابق،ص(124).

304 - المجلة القضائية العدد الرابع سنة 1989 ملف رقم 35351 قرار صادر بتاريخ 13 -02-1984.

مرض الموت.
عن الوجهين الثاني والثالث معا:حيث انه بالفعل فإن القرار المنتقد قد أكد على أن الشهادات الطبية أثبتت على وجه القطع بأن المحبس كان مصابا مرض المثانة إلا أن هذه الشهادات الطبية لم تنص على حتمية موت المحبس وهو تسبب قاصر ومتناقض مع أن حتمية موت المريض في علم الله وأن الأطباء يمتنعون عن الخوض فيها حيث أن المادتين 215و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وإن حالة المحبس الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في وعليه :
فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ودون الحاجة إلى مناقشة.
الوجه الرابع :حيث أن قرار المحكمة العليا بما فصل فيه من نقاط قانونية لم يترك مع النزاع ما يتطلب الفصل فيه فإن النقض يتم بدون إحالة.[305]

<u>الفرع الرابع</u> : الإبراء في مرض الموت

يلحق بالهبة و الوقف في مرض الموت ، حالة الإبراء في مرض الموت و يعرف الإبراء بأنه إقرار الدائن بحصوله على كل ما يدين به للمدين ، و أن دمته خالية في اتجاهه . و في هذا الصدد نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع " .
ويفهم من نص هذه المادة أن أحكام الإبراء تسري على المريض و الصحيح، فالإبراء يعتبر تبرعا، و لكنه إذا حدث في مرض الموت فتسري عليه أحكام الوصية ، أي أن نزول المريض مرض الموت عن دينه يعتبر وصية .
فإذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه ، أو كان له ورثة آخرين فلا ينفد الإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه ، أما إذا كان المبرأ أجنبي عن المريض فإنه ينظر الى مقدار الدين المتنازل عنه الى التركة ، فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفد الإبراء و إن لم يجزه الورثة ، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوفا على بقية الورثة ، ذلك أن الإبراء وصية و قضاء الدين مقدم على الوصية ، فإذا أجاز الدائن الإبراء فإن إجازته تعد إبراء للميث عن الجزء الذي أجازه فقط .
و لعل الحماية الملحوظة للدائنين تكفلها قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون ، باعتبارها قاعدة توازن بين مصلحة الوارث و الدائن و المورث ، و بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية إذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه ، و كان للمريض ورثة غيره ، فلا يصح الإبراء و لا ينفد إلا إذا أجازه الورثة سواء كان الدين المبرأ منه أقل من الثلث أو مساويا أو

---

[305] - نبيل صقر ،مرجع سابق،ص 128 .

أكثر منه ، و إلا كان في نفاد الإبراء إيثار بعض الورثة على البعض الآخر ، فإذا لم يكن للمريض وارث غير المبرأ ، فلإبراء صحيح و لو استغرق كل تركته ، أما إذا كان المبرأ أجنبي عن المريض ، فإذا كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفد الإبراء و إن لم يجزه الورثة ، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد يكون موقوف على إجازة الورثة .[306]
و الإبراء إما أن يكون إبراء إسقاط، و إما أن يكون إبراء استيفاء، و إبراء المريض مرض الموت يكون أيضا إبراء إسقاط أو استيفاء.

اولا : **الابراء في مرض الموت ابراء اسقاط**

إذا كان الإبراء في مرض الموت إبراء إسقاط ، فإنه يشترط في المبرأ أن يكون أهلا للتبرع ، راضيا بالإبراء و أن يكون صحيحا ، فإذا كان مريضا مرض الموت أعتبر بروؤه وصية و يأخذ حكمها ، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 776 قانون مدني ، و للكلام عن الإبراء الصادر عن المريض مرض الموت بصفته إبراء إسقاط ، لابد أن نفرق بين ما إذا كان هذا الإبراء لوارث أو لغير وارث أي لشخص أجنبي .
فإذا كان الإبراء لوارث ،فإنه يتوقف على إجازه سائر الورثة سواء كان قدر المبرأ منه قليل أو كثير ، فإذا أجازوه نفد ، و إن لم يجيزوه بطل ، و إذا أجازه بعضهم و رفضه البعض الآخر نفد في حصة من أجازه منهم و بطل في حصة من لم يجيزوه ، و لا عبرة بالإجازة قبل وفاة المريض مرض الموت ، لأنه يأخذ حكم الوصية و الوصية لا تنجز إلا بعد وفاة الموصي و هذا ما نصت عليه المادة 184 من قانون الأسرة .
أما إذا كان الإبراء لغير وارث أي لشخص أجنبي، فإن كان الدين المبرأ منه لا يتجاوز ثلث التركة ، أي ثلث المال نفد الإبراء و إن لم يجزه الورثة ، و إما إذا تجاوز الثلث فإن الإبراء يكون موقوفا على إجازة الورثة، و هذا ما نصت عليه المادة 185 قانون الأسرة، و لا توجد نصوص خاصة بالإبراء سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة و عليه تنطبق الأحكام العامة إلى جانب الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى[307]

[306] ـ رشاد السيد ابراهيم عامر المرجع السابق ص 125.

[307] ـ صالح كردالي : الإبراء في الالتزام في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ص 102 ، 103 ، 104

ثانيا : الإبراء في مرض الموت إبراء إستيفاء

إذا كان الإبراء الصادر من المريض مرض الموت إبراء إستيفاء ، هو عبارة عن استيفاء حقه الذي له في ذمة الغير فهو من الإقرار . ففي هذه الحالة فإن الإبراء يختلف باختلاف أمواله ، و بحسب ما إذا كان لوارث فإذا أصدر الإبراء في صورة إقرار كأن يقول المريض مرض الموت " لا حق لي قبل فلان " فإنه ينجز ، أما إذا كان الإبراء لوارث ففي هذه الحالة يتوقف على إجازة سائر الورثة .

أما إذا كان الإبراء باستيفاء لأجنبي ، كان نافدا إن عاد إخبار و يأخد حكم الوصية إن عاد إبراء من دين معلوم .

و كخلاصة نقول أن الإبراء في مرض الموت يأخد حكم الوصية ، و برجوعنا إلى قانون الأسرة الجزائري فنجده قد أقر بنفاد الوصية في حدود الثلث إذا كان لأجنبي ، أما إذا كان لوارث فلا نفاد لها إلا إذا أجازها باقي الورثة طبقا لنص المادتين 188 ، 189 من قانون الأسرة .

خاتمة

عرفنا من خلال موضوعنا أن الشريعة الإسلامية السمحاء كانت هي المصدر الأول في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت ومنها استمد المشرع الجزائري والمصري وغيرهم من المشرعين العرب أحكام مرض الموت وفضلا عن ذلك فقد كانت الشريعة الإسلامية أكثر توسعا من التشريعات العربية الحديثة في تنظيم أحكام تصرفات المريض مرض الموت،لذلك كان يتعين الرجوع إليها في كثير من الأحيان فيما لم يتناوله المشرع بنص،هذا اعتراف للشريعة الإسلامية بفضلها الكبير ذلك بكونها من المصادر الرسمية للقانون كما ورد ذلك في نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الذي يحيل لمبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يجود فيه نص.

ومما يمكن أن نقوله كخلاصة لهذا البحث أنه طالما حل بالشخص مرض كانت أوصافه تنبئ بدنو الأجل فيؤدي إلى عجزه عن قيام بمصالحه المعتادة جزئيا أو كليا سواء ألزمه البيت أم لم يلزمه وتأكد له من خلال شهادة الأطباء والأعراف أنه من الأمراض الخطيرة لا محالة،ويموت بالفعل موتا متصلا به فإن جميع تصرفاته التي يبرمها في فترة المرض تأخذ أحكاما تختلف عن أحكام الأصحاء والسبب في ذلك يرجع إلى تعلق حق الغير وهو الورثة والدائنين بأموال المريض بحلول المرض به.

وعليه فإن الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات القانونية يقضيان بأنه إذا اتخذت تصرفات المريض كإقرار بدين أو البيع بثمن أقل من ثمن المثل بما يجاوز ثلث التركة أخذت هذه التصرفات حكم الوصية مدام الأمر كذلك توقف نفاذها على سداد الديون أولا ثم على إجازة الورثة إذا تجاوزت الوصية ثلث التركة إذا كانت لغير وارث،وإذا كانت لأحد الورثة توقفت كلها على إجازة الورثة وذلك للحيلولة دون إيثار بعضهم على البعض الآخر،وفي المقابل تبقى تصرفات المريض الأخرى التي تعد تأييدا لحقيقة ثابتة صحيحة، وثابتة،لا يجوز الطعن فيها كالبيع بمثل القيمة أو بثمن جدي.

في نهاية مطافنا في بحث مرض الموت وأحكامه لابد لنا من تسجيل أهم النتائج والملاحظات والمقترحات والمتمثلة فيما يلي:

1-الخلوص إلى رسم صورة جلية لماهية مرض الموت من خلال التوصل إلى تعريفه بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت ومن ثم إلى تحديد شروط تحققه وطرق إثباته.

2-عدم اهتمام الغالبية العظمى من التشريعات بوضع تعريف أو تحديد ضوابط لمرض الموت ومن هذه التشريعات القانون الجزائري.

3-ذهاب الرأي الراجح إلى عدم صواب القول بوقوع مرض الموت إلا إذا اجتمعت الشروط الاتية:

أ -أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه وهذا شرط منتقد إذ أن الأخذ بالعوارض والأوصاف والإمارات المتمثلة في عجز المريض عن قضاء مصالحه لا تصلح مقياسا لوقوع مرض الموت وذلك لأنها على الجملة أوصاف غير منضبطة تختلف باختلاف الأشخاص قوة وضعفا.

ب - أن يغلب في ذلك المرض وقوع الموت ومن ثم شعور المريض بدنو الأجل أو بعبارة أخرى توقع المريض وقوع الموت وهذا يعني بالنتيجة أن يكون المرض مخوفا ،ويكون الرجوع في تقدير ذلك إلى أهل الخبرة وهم الأطباء ، والحقيقة أن الكثيرين ،ونحن معهم ، يذهبون إلى أن هذا الشرط يمثل المقياس الأصلح لمرض الموت.

ج -أن ينتهي مرض الموت بالموت فعلا خلال مدة محددة ، أي أن يعقبه الموت ويكون متصلا به سواء أكان الموت بسبب ظاهر أم بسبب آخر.

4_ مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، كما يجوز إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه.

5-يشترط لصحة إجازة الوارث لتصرف المريض مرض الموت أن تقع الإجازة ممن يكون أهلا لها من الورثة بعد موت المريض المورث ، وإذا أجاز بعض الورثة دون البعض الآخر نفذ التصرف في القدر المحابى به أو في التبرع في حق من أجاز من الورثة بنسبة حصة كل منهم من الميراث ولا ينفذ في حق الباقين.

6-إن تصرفات المريض مرض الموت أما أن تكون منجزة أو مضافة إلى ما بعد الموت والمنجزة فهي كالبيع والزواج والطلاق أما المضافة إلى ما بعد الموت فتتمثل في الوصية أو تكون تصرفات إخبارية متمثلة في الإقرار سواء أكان إقرارا بمال أو بنسب.

7-إن هناك حكما عاما لتصرفات المريض مرض الموت هو أن كل تصرف ناقل للملكية يصدر من هذا المريض منطويا على تبرع أو معاوضة إنما يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له.

وأخيرا لابد من الإشارة إلى أن مرض الموت لم ينل قسطه الكافي من البحث أو التفصيل باستثناء ما كتب في البيع . وإذا كان التشريع الجزائري قد تناول بيع المريض مرض الموت فأنه لم يعالج بنصوص صريحة شراء هذا المريض وإجارته وإقراراته ، سواء كانت لوارث أم لغير وارث ، وما إلى ذلك من معاملاته الأخرى واكتف ببيان الحكم العام في جميع تصرفات هذا المريض ، الأمر الذي يدعو إلى لزوم إصدار تشريع يستمد من الفقه الإسلامي ويحدد بشكل صريح وواضح حقيقة مرض الموت وأحكامه وتطبيقاته توخيا لقطع دابر الخلاف في جميع المسائل المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت ونزولا عند متطلبات الواقع الاجتماعي . والى جانب هذا المقترح فان ثمة مقترحات أخرى يلزم تسجيلها في هذه الخاتمة ولعل اهمها:

1-أن يعتمد الرأي المختص في تحديد الموت بهذا المرض ، والأطباء هم أهل الخبرة في ذلك إذ ينبغي أن تعرض على لجان رسمية منهم التقارير الطبية لبيان ما إذا كان المرض الذي وقعت فيه الوفاة مرض موت أم لا ، لاسيما أن التطور العلمي قد جعل الكثير من الأمراض المخوفة سابقا أمراضا بسيطة لا يغلب معها الهلاك.

2-أن ينص في القانون المدني الجزائري ،وبعض القوانين العربية الأخرى على تعريف جامع مانع لمرض الموت بحيث لا تبقى بقية لقائل على الصعيد القضائي أو الفقهي.

3-أن يمتنع عن تحديد مدة مرض الموت بسنة واحدة وذلك لان هذا أمرلا يقره الواقع ولا يتماشى مع التطور العلمي الهائل الذي حصل في مجال الطب حيث أصبحت اليوم أعداد

غير قليلة من الأمراض التي كان يغلب فيها الهلاك أمراضا بسيطة ،وان كثيراً من الحالات المرضية التي يكون فيها المريض على وشك الموت لم تعد اليوم كما كانت بفضل الأدوية والعلاجات المكتشفة التي جعلت حياته تمتد إلى أكثر من سنة.

وفي الأخير يمكن القول أن جميع أحكام تصرفات المريض مرض الموت إنما جاءت من أجل حماية حقوق الورثة والدائنين، وذلك حتى يستوفي الدائنين ديونهم، والورثة حقهم في حدود ثلثي التركة.وبهذا نكون قد انهينا بحثنا بعون الله وتوفيقه وفي هذا المقام نسأل الله الكريم، أن يحوز قبولا لدى من يطالعه.

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المصادر:
أولا:القرآن الكريم
ثانيا:السنة النبوية
قائمة المراجع

1- د. أحمد عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،القاهرة،دار النهضة،1987

2 - أحمد إبراهيم،الهبة والوصية وتصرفات المريض مرض الموت،القاهرة،مطبعة العلوم،1993 ,الأهلية و عوارضها في الشرع الإسلامي بحث منشور مجلة القانون و الإقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة العدد 3 السنة الأولى عام 1931.

3 - أحمد الغندور،الطلاق في الشريعة الإسلامية،مصر،دار المعارف،1976 .

4- أحمد شرف الدين ,الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء البشرية, بحث منشور’في المجلة القومية ’إصدار المركز القومي للبحوث الإجتماعية و الجنائية ,مصر ,ن عدد 1 مجلد21, 1978.

5 - حسن علي الذنون،النظرية العامة للإلتزامات،بغداد،مطبعة دار الحرية،1976

6 - حسني محمود عبد الدايم،مرض الموت وأثره على عقد البيع:دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،الإسكندرية،دار الفكر الجامعي،2007

7 - رمضان أبو السعود،الوسيط في الحقوق العينية الأصلية،بيروت،الدار الجامعية،1985

7 - د .زهدور محمد،الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية،الجزائر،المؤسسة الوطنية للكتاب،1991

8 - سليمان مرقس،شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع ط 4 مجلد 1 ،القاهرة،مطبعة 1980

9 - عبد الحكيم فودة،الوصايا المستترة،القاهرة،دار الألفي،2001

10 - محمد بن أحمد تقية،دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري أحكام الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي،الجزائر، الديوان الوطني للاشغال التربوية 2003

11 - محمد يوسف موسى،الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي،القاهرة،دار الفكر العربي،1987

12 - محمد أبو زهرة،الملكية و نظرية العقد ،دار الفكر العربي القاهرة 1996.

13 - محمد كامل مرسي،01الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية،القاهرة،المطبعة العالميةو02شرح القانون المدني الجديد ج6 المطبعة العالمية القاهرة1950

14 محمد زيد الأبياني،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،بيروت،مكتبة النهضة،1920.
15 محمد وحيد الدين سوار،الحقوق العينية الأصلية،الأردن،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1999
16 نبيل صقر،تصرفات المريض مرض الموت)الوصية -البيع-الهبة-الوقف-الكفالة-الإبراء-الأقرار-الخلع-الطلاق(،الجزائر،دار الهدى،2008
17ياسين صالح عبد الكريم،أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون،بغداد،كلية النهرين للحقوق،2001
18 حسين علي الأعظمي أحكام الزواج مطبعة المعارف بغداد 1948.
19 محمودي عبد العزيز ,رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ,قصر الكتاب الجزائر ,دون سنة نشر.
20 محمد زكريا البرديسي ,أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ,ط2 دار النهضة العربية القاهرة .
21 الدكتور محمد يوسف موسى الأموال و نظرية العقد في الفقه الإسلامي ,مطبعة دار الكتاب العربي ,القاهرة 1967.
22 جاك غسان ,المطول في القانون المدني ترجمة منصور القاضي ط1 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت 2000.
23 الشريف علي بن محمد بن علي السيد زين ابي الحسين الجرجاني ,التعريفات ,ط1 مطبعة دار الكتاب ,بيروت.
24محمد أمين المعروف بأمير باد الشاه ,تيسير التحرير ج2 ,مطبعة مصطفى باب الحلي ,القاهرة عام 1350 ه.
25 علي بن محمد البزودي ,كشف الأسرار علي اصول فخر الإسلام,ج4,طبعة أسطمبول ,عام 1307ه.
26 محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم الشيرازي,القاموس المحيط,دار الحديث مصر دون سنة نشر.
27 ابن الحسن ابن أحمد بن فارس بن زكريا, معجم مقايس اللغة,تحقيق عبد السلام هارون,مجلد 5,دار الفكر للطباعة دون سنة نشر.
28 أحمد شرف الدين ,الضوابط القانونية لمشروعية نقل الأعضاء البشرية, بحث منشور’في المجلة القومية ’إصدار المركز القومي للبحوث الإجتماعية و الجنائية ,مصر ,ن عدد 1 مجلد21, 1978.
29الدكتور حسام الدين الأهواني ,المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء ,مطبعة عين شمس مصر 1975.
30 محمد أحمد البديرات ,مدى إعتبار مرض الإيدز مرض موت و أثاره في التصرفات المريض في القانون الأردني ,مجلة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية مجلد 22 العدد01, 2006.
31 علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ,بدائل الصنائع في ترتيب الشرائع مجلد 3 طبعة2 ,مطبعة الجالية ,القاهرة 1328ه.

32 ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ,البهجة في شرح التحفة ,ن ج 2 ,دار الكتب العلمية ,ط1 ,بيروت, لبنان 1998.
33- د. أدم وهيب النداوي ,شرح القانون المدني الأردني ,العقود المسماة في القانون الأردين البيع و الإيجار ,ط1 ,مكتبةدار الثقافة للشر ,و التوزيع1999.
34 - د.محمد يوسف الزعبي ,العقود المسماة ,شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني ط1 ,مكتبة دار الثقافة للشر و التوزيع,عمان الأردن 2004.
35- د. عز الدين بحر العلوم ,الحجرو أحكامه ,في الشريعة الإسلامية ط1 دار الزهراء بيروت1980.
36 - سعيد محمد الحفار ,البيولوجيا و مصير الإنسان,سلسلة عام المعرفة , مطابع الرسالة ,الكويت,1984.
39 د.منذر الفصل,التصرف القانوني بلأعضاء البشرية ,بغداد 1985.
40 د. حسين عودة رحال ,التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية في القانون الجنائي ,رسالة دكتورة ,جامعة بغداد 1995.
41 د. عوني محمد فخري موت الدفاع في منظور قانوني , بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ,إصدار بيت الحكمة ,العدد4 السنة الثانية 2000.
42 د . بكر عبد الله ابوزيد ,أجهزة الإنعاش و حقيقة الوفاة بين الفقهاء و الأطباء,مجلة المجمع الفقهي ع2,ج2 ,1986.
43 د.طارق الزعيم,تعريف الموت وبحث منشور في مجلة القضاء ,اصدار نقابة المحامين في العراق العدد2 السنة36 , 1986.
44 الفتاوي الهندية لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي ,دار الفكر ط2 1310ه.
45 مسعود كمال ,مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري,ديوان المطبوعات الجامعية,الجزائر,1986.

رسائل الدكتوراه :

- قيس عبد الستار عثمان ,الإقرار و إستجواب الخصوم في الإثبات المدني ,رسالة دكتورة ,جامعة بغداد,1979.

رسائل الماجستير:

01. الابراء في الالتزام في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ص 102،103،104.
02 - أ .رشاد السيد عامر ابراهيم ,تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى ,بحث للحصول على درجة الماجيستير في القانون الخاص معهد الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر 1989.

مقدمة

الملاحق